

Tilburg University

De ambtenaar

Jellinghaus, S.F.H.

Published in:
Bijzondere arbeidsverhoudingen

Publication date:
2012

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Jellinghaus, S. F. H. (2012). De ambtenaar. In A. R. Houweling, & G. W. van der Voet (Eds.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen* (pp. 25-68). Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

BIJZONDERE ARBEIDSVERHOUDINGEN

Redactie:

PROF. MR. A.R. HOUWELING
MR. DR. G.W. VAN DER VOET

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2012

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Mediabuilders, Zutphen

© 2012 Prof. mr. A.R. Houweling en mr. dr. G.W. van der Voet (red.) | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-617-7
NUR 825

www.bju.nl

INHOUD

1	Inleiding	17
	<i>Prof. mr. A.R. Houweling en mr. dr. G.W. van der Voet (red.)</i>	
1.1	Gedifferentieerd of uniform arbeidsrecht	17
1.2	Aanleiding, centrale probleemstelling en indeling bundel	20
1.3	Tot slot: bijzondere arbeidsverhoudingen als voorbeeld voor modernisering van het arbeidsrecht?	21
2	De ambtenaar	25
	<i>Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus</i>	
2.1	Inleiding	25
2.2	De overheid als werkgever	26
2.2.1	Historie van het ambtenarenrecht	26
2.2.2	Een overzicht van de overheid en haar medewerkers	27
2.2.3	Algemene trends	29
2.3	De ambtelijke status	30
2.3.1	Het zijn van ambtenaar	30
2.3.2	Het begrip 'openbare dienst'	31
2.3.3	Arbeidscontractanten	32
2.4	De structuur van het ambtenarenrecht	33
2.5	Rechtsbescherming	35
2.5.1	Terminologie uit de Algemene wet bestuursrecht	35
2.5.2	Totstandkoming van besluiten	36
2.5.3	Rechtsgang	37
2.6	De individuele rechtspositie van de ambtenaar	39
2.6.1	De aanstelling	40
2.6.2	Integriteit	41
2.6.3	Maximering bezoldiging van topfunctionarissen	43
2.6.4	Arbeidsongeschiktheid	44
2.6.5	Aansprakelijkheid bij ongevallen en beroepsziekten	46
2.6.6	Privatisering en deprivatisering	48
2.6.7	Disciplinaire maatregelen en ontslag	50
2.7	Sociale zekerheid	54
2.8	Collectief ambtenarenrecht	58
2.8.1	De Raad voor het Overheidspersoneel	59

2.8.2	Het georganiseerd overleg	60
2.8.3	Het recht op collectieve actie	61
2.9	Medezeggenschap	62
2.10	Naar een reguliere arbeidsovereenkomst?	65
2.11	Tot slot	68
3	De docent	69
	<i>Mr. dr. C.W. Noorlander</i>	
3.1	Inleiding	69
3.2	Constitutionele grondslag van het duale onderwijsbestel: openbaar versus bijzonder onderwijs	71
3.3	Schets van de individuele rechtspositie van de docent	72
3.3.1	Indiensttreding	72
3.3.1.1	Indiensttreding bij een school voor openbaar onderwijs	72
3.3.1.2	Indiensttreding bij een school voor bijzonder onderwijs	73
3.3.2	Arbeidsvoorwaardenvorming	76
3.3.2.1	Arbeidsvoorwaardenvorming in het openbaar onderwijs	76
3.3.2.2	Arbeidsvoorwaardenvorming in het bijzonder onderwijs	77
3.3.3	Ontslagrecht	78
3.3.3.1	Ontslag in het openbaar onderwijs	78
3.3.3.2	Ontslag in het bijzonder onderwijs	80
3.4	Normalisering van de individuele rechtspositie van de docent	88
3.4.1	Normalisering van de rechtspositie van de docent in het openbaar onderwijs	88
3.4.2	Normalisering van de rechtspositie van de docent in het bijzonder onderwijs	90
3.5	Schets van het medezeggenschapsrecht in het onderwijs	96
3.5.1	Ontstaansgeschiedenis	96
3.5.2	Samenstelling en bevoegdheden van de medezeggenschapsraad (MR)	98
3.5.3	De gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (GMR), de bovenbestuurlijke medezeggenschapsraad en de deelraad	100
3.5.4	Geschillenregeling	101
3.6	Naar toepassing van de WOR in het primair en voortgezet onderwijs?	101
3.7	Tot slot	104
4	De geestelijke	105
	<i>Mr. drs. T. van Kooten</i>	
4.1	Inleiding	105
4.2	Scheiding Kerk en Staat	107
4.3	De rechtspositie van de geestelijke ambtsdrager	109
4.3.1	Bevoegdheid van de burgerlijke rechter	109
4.3.2	Het geestelijk ambt: een arbeidsovereenkomst?	113

4.3.3	De geestelijk ambtsdrager sociaal verzekerd?	118
4.4	Stelsels van kerkregering: drie grondtypes	119
4.5	Rooms-Katholieke Kerk	122
4.5.1	Gewijde bedieningen: de priester	122
4.5.1.1	De kerkrechtelijke verhouding	123
4.5.1.2	Een arbeidsrechtelijke verhouding?	124
4.5.2	Religieuzen	126
4.5.2.1	De kerkrechtelijke verhouding	126
4.5.2.2	Een arbeidsrechtelijke verhouding?	127
4.5.3	Rooms-katholiek pastoraal werkers	127
4.5.3.1	De kerkrechtelijke verhouding	128
4.5.3.2	Een arbeidsrechtelijke verhouding?	128
4.5.4	Kerkelijke rechtsgangen	131
4.6	Protestantse Kerk in Nederland (PKN)	133
4.6.1	Predikanten voor gewone werkzaamheden	134
4.6.1.1	De kerkrechtelijke verhouding	135
4.6.1.2	Een arbeidsrechtelijke verhouding?	140
4.6.2	Pastoraal kerkelijk werkers	141
4.6.2.1	De kerkrechtelijke verhouding	141
4.6.2.2	Een arbeidsrechtelijke verhouding?	143
4.6.3	Kerkelijke rechtsgangen	144
4.7	Gereformeerde kerktypes	146
4.7.1	De kerkrechtelijke verhouding	146
4.7.2	Een arbeidsrechtelijke verhouding?	148
4.8	Andere geloofsgemeenschappen	149
4.9	Bedienaars van een geestelijk ambt werkzaam buiten een kerkgenootschap	151
4.10	Tot slot	154
5	De sporter	159
	<i>Mr. L.J.M. Langedijk</i>	
5.1	Inleiding	159
5.2	Van amateur tot professional: het spectrum overzien	160
5.2.1	Arbeidsovereenkomst, overeenkomst van opdracht, of ...?	160
5.2.2	Uitgelicht: de beroepsvoetballer	162
5.3	Wat maakt de arbeidsverhouding van de sporter bijzonder?	163
5.3.1	Arbeidsrecht binnen verenigingsrechtelijke structuren	164
5.3.1.1	De organisatie van de sport	164
5.3.1.2	Registratieverplichtingen	167
5.3.1.3	Verenigingstuchtrecht	169
5.3.2	Eigen geschillenbeslechting	174
5.3.2.1	Geschillenbeslechting op nationaal niveau	174
5.3.2.2	Geschillenbeslechting op internationaal niveau	176
5.3.3	Europees recht	178

*Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus**

2.1 INLEIDING

De positie van de medewerker binnen de overheid verschilt behoorlijk van die van de werknemer binnen het bedrijfsleven. De verschillen zijn zo groot, dat menig arbeidsrechtjurist zonder kennis van het ambtenarenrecht zich daaraan 'vertilt'. Feit is immers dat het reguliere arbeidsrecht in beginsel niet van toepassing is op de 'overheidsmedewerker' (artikel 7:615 BW). Wel kunnen we een trend ontdekken dat deze rechtsgebieden steeds meer naar elkaar toe groeien en het is bovendien zelfs niet uitgesloten dat op relatief korte termijn de ambtelijke status geheel wordt afgeschaft.¹ Omdat het zover nog niet is, zal in deze bijdrage de rechtspositie van de overheidsmedewerker ten behoeve van de gewone arbeidsrechtjurist in kaart worden gebracht. Het thans gevoerde 'normalisatie-debat' vormt voorts aanleiding om in deze bijdrage tevens stil te staan bij de noodzaak van deze 'status aparte'.

Strikt genomen heeft deze bijdrage niet alleen betrekking op de ambtenaar, maar op de 'overheidsmedewerker' in brede zin, dus ook op de overheidscontractant (een werknemer). Na een algemene beschrijving van de 'overheidswerkgever' (par. 2.2), wordt ingegaan op het al dan niet zijn van ambtenaar (par. 2.3), waarna de structuur van het ambtenarenrecht wordt geschetst (par. 2.4). Aansluitend wordt ingegaan op de formele rechtsbescherming van de ambtenaar (par. 2.5) en diens individuele rechtspositie (par. 2.6). Vervolgens worden het socialezekerheidsrecht (par. 2.7), het collectieve ambtenarenrecht (par. 2.8) en het medezeggenschapsrecht (par. 2.9) aangestipt. De bijdrage zal worden afgesloten met de zogenoemde normalisatiediscussie (par. 2.10), die uitloopt in een eindconclusie in de slotparagraaf (par. 2.11).

* Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus is advocaat en mediator bij De Voort Hermes de Bont advocaten te Tilburg en daarnaast als universitair docent verbonden aan de vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg.

1. *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 550 nr. 1-6 (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren).

2.2 DE OVERHEID ALS WERKGEVER

In deze paragraaf zal eerst worden ingegaan op de historische ontwikkeling van het ambtenarenrecht (par. 2.2.1), waarna de huidige relatie tussen de overheid en haar medewerkers cijfermatig in kaart zal worden gebracht (par. 2.2.2). De paragraaf zal worden afgesloten met een beschrijving van een aantal meer recente ontwikkelingen (par. 2.2.3).

2.2.1 *Historie van het ambtenarenrecht*

Het werken voor de koning (en de overheid) is al vele duizenden jaren oud. Dit werd aanvankelijk op ad hoc basis gedaan, bijvoorbeeld met het toekennen van rechten op belastinginning of gewoon door het betalen van geld (bijvoorbeeld soldij). Het ambtenarenrecht is als zelfstandig rechtsgebied pas rond de negentiende eeuw tot ontwikkeling gekomen, omdat er behoefte bestond de rechtspositie van de overheidsmedewerker op schrift te stellen.² De eerste vastlegging in Nederland kwam tot stand door de Grondwet 1814. Daarin was opgenomen dat ambtenaren werden betaald uit de staatskas onder auspiciën van de koning, als gevolg waarvan door overheden regelingen voor hun medewerkers werden opgesteld. In 1887 kwam de Nederlandse Juristenvereniging met een preadvies over de vraag of voor ambtenaren een speciale status moest worden ontwikkeld.³ Volgens rapporteur Fokker werd de ambtenarenstatus gelegitimeerd door het doel waarop de werkzaamheid van de overheidswerknemer is gericht. Krabbe zag de aard van de bijzondere rechtspositie met name gelegen in de taak die de ambtenaar uitoefent. Beide schrijvers zagen de legitimering van een aparte rechtspositie voor een persoon in dienst van de overheid gelegen in het feit dat deze persoon staatsgezag uitoefent. Tot een verdere algemene regeling kwam het niet, met dien verstande dat als gevolg van spoorstakingen en arbeidsconflicten in de Amsterdamse haven een wettelijk verbod op werkstaking voor ambtenaren en spoorwegpersoneel werd vastgesteld.⁴ Dit verbod werd pas in 1980 ingetrokken.

2. Zie hieromtrent ook P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, *Ambtenaarschap, sollicitatie en aanstelling*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2008, p. 15-19; M. Stekelenburg, *200 jaar werken bij de overheid, deel 1 en 2*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999; B.B.B. Lanting, *Sociale zekerheid van ambtenaren en overheidsverknemers*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2009, p. 38-69.
3. E. Fokker, *Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?*, 1897, alsmede het verslag van het verhandelde in de 28^e Juristen-Vergadering 1897. Zie hieromtrent ook A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar*, Den Haag: VUGA 1991, p. 36 e.v.
4. T. van Peijpe & J. Riphagen, *Schets van het Nederlands ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 19-20; M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 25.

Regelmatig is vervolgens gesproken over een verdere uitwerking van de positie van ambtenaren, maar pas in 1917 kreeg een Staatscommissie-Dresselhuys de opdracht om tot een wettelijke regeling te komen voor ambtenaren. Dit leidde tot een wetsvoorstel in 1920, maar dat voorstel werd nimmer aangenomen vanwege grote politieke en financiële bezwaren. Pas in 1929 werd de (huidige) Ambtenarenwet aangenomen. Opvallend is dat de eerdere insteek van Fokker en Krabbe daarin is verlaten. Zij stelden nog dat alleen het uitoefenen van overheidsgezag een ambtelijke status rechtvaardigde, wat met zich bracht dat niet iedereen in overheidsdienst een ambtelijke aanstelling behoefde te hebben. Uit de memorie van toelichting bij de Ambtenarenwet 1929 blijkt echter dat slechts wordt gekeken naar het feit of men werkzaam is in de openbare dienst of niet. Alleen dit criterium is bepalend voor de vraag of sprake is van een ambtelijke aanstelling.⁵ Hoewel door de jaren heen een sterke decentralisatie heeft plaatsgevonden, waardoor een belangrijk deel van het inhoudelijke 'ambtenarenrecht' op een lager overheidsniveau is ingevuld, is de basis voor het ambtenarenrecht heden ten dage nog altijd terug te vinden in deze Ambtenarenwet.

2.2.2 *Een overzicht van de overheid en haar medewerkers*

De overheid manifesteert zich in het maatschappelijk leven doorgaans door middel van publieke rechtspersonen.⁶ Voorbeelden hiervan vormen de Staat der Nederlanden, gemeenten, provincies, regionale politiekorpsen, kamers van koophandel en waterschappen. Daarnaast kennen we ook private rechtspersonen waar de overheid 'eigenaar' van is. Binnen de overheidssector werken veel mensen. In de recent verschenen *Trendnota Arbeidszaken Overheid 2011*⁷ wordt een overzicht gegeven met concrete aantallen.

5. Handelingen der Staten-Generaal 1927-1928, Bijlage nr. 392, p. 3.

6. Zie hieromtrent nader W.C.L. van der Grinten & J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 2-II. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 176.

7. *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 501, nr. 2.

Tabel 2.1 Overzicht overheid en haar medewerkers

Sector	Werkzame personen (× 1.000)					
	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Openbaar bestuur	334	324	325	321	321	327
Rijk	120	117	120	123	123	124
Gemeenten	188	180	178	171	171	177
Provincies	14	13	13	13	13	13
Rechterlijke macht	3	3	3	4	4	4
Waterschappen	10	10	10	10	10	10
Onderwijs en wetenschap	480	477	482	497	504	512
Primair onderwijs	180	181	181	185	187	187
Voortgezet onderwijs	101	100	101	106	105	107
Middelbaar beroepsonderwijs	55	53	55	55	56	56
Hoger beroepsonderwijs	34	34	35	39	40	42
Wetenschappelijk onderwijs	51	49	49	49	51	54
Onderzoeksinstituten	3	3	3	2	3	3
Universitair medische centra	57	56	58	60	62	64
Veiligheid	127	128	131	130	130	135
Defensie	69	70	71	68	68	69
Politie	58	58	59	61	62	65
Overheidssectoren	942	929	937	948	955	974
Zorg en overige dienstverlening	1390	1415	1423	1450	1481	1520
Marktsector	5910	5937	6076	6254	6340	6181

Uit dit overzicht kan worden opgemaakt dat een groot deel van de Nederlandse beroepsbevolking binnen de overheid werkzaam is. Immers, uit het overzicht blijkt dat een verhouding van circa één ambtenaar op zes civiele werknemers bestaat. Wanneer de zogenoemde semi-overheid (de vroegere 'trendvolgers') wordt meege-
nomen, is het aandeel in de Nederlandse beroepsbevolking zelfs heel groot (name-
lijk tweeënhalf staat tot zes).

Saillant detail is dat diverse regeringen door de jaren heen hebben geprobeerd om het aantal ambtenaren terug te brengen. Zo was in het regeerakkoord-Balkenende II opgenomen dat het aantal ambtenaren met 10% moest worden gereduceerd. Ook het kabinet-Rutte I heeft een vergelijkbare ambitie. Uit de hiervoor genoemde cijfers blijkt dat deze ambities niet zijn gehaald. Volgens een brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 16 mei 2011 is men echter aar-
dig op koers.⁸

8. Kamerstukken II 2010-2011, 31 490, nr. 60, p. 1-2.

2.2.3 Algemene trends

De politieke wens om het aantal ambtenaren terug te brengen, is tot nu toe nog niet gerealiseerd. Zoals hierna zal blijken, is het moeilijk en met name ook kostbaar om ambtenaren te laten afvloeien. Daarbij komt dat het werk doorgaans toch moet worden gedaan. Naast de wens tot het terugbrengen van het aantal ambtenaren, zien we de omvang van de werkzaamheden namelijk alleen maar toenemen. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan de verschillende nieuwe samenwerkingsverbanden en zogenoemde autoriteiten (zoals de Nederlandse Zorgautoriteit en de Consumentenautoriteit) die zijn ontstaan. De praktijk leert dat de vele nieuwe samenwerkingsverbanden vaak leiden tot een (tijdelijke) toename van personeel. Hierbij valt onder meer te denken aan de vorming van gezamenlijke bedrijfsonderdelen (zoals een 'shared service center'). Een oplossing om snel tot een reductie van personeel te komen, vormt de 'outsourcing' of privatisering. Dit wordt echter vaak als te ingrijpend gezien en ten aanzien van zogenoemde kerntaken van de overheid bovendien niet mogelijk.

Een belangrijke tendens is voorts dat het ambtenaren- en arbeidsrecht steeds meer naar elkaar toe groeien. Denk aan het van toepassing laten zijn van de arbeidstijden- en arbeidsomstandighedenwetgeving op overheidspersoneel, de privatisering van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP), het toepasselijk worden van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) op de publieke sector en (meest recentelijk) de OOW-operatie⁹. Ook in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) zien we deze ontwikkeling terugkeren. Een goed voorbeeld hiervan vormt de uitspraak van de CRvB uit 2000, waarbij aansluiting werd gezocht bij de aansprakelijkheidsnorm van artikel 7:658 BW.¹⁰

Verder zien we dat sprake is van een grote bezuinigingsdruk. Er wordt daardoor voortdurend gekeken hoe werkzaamheden efficiënter kunnen worden uitgevoerd, of dat ze gewoon niet meer hoeven te worden gedaan (de zogenoemde 'kerntaken-discussie'). Dit kan bijvoorbeeld door functies te laten vervallen en ambtenaren te ontslaan en/of vacatures niet op te vullen, maar ook door het vormen van samenwerkingsverbanden (bijvoorbeeld door gemeenschappelijke regelingen en de vorming van de al genoemde 'shared service centra'). Daarbij dient men zich te bedenken dat het voor de politiek bij het uitvoeren van bezuinigingen beter te verkopen is dat wordt gesneden in het ambtenarenapparaat, dan dat bijvoorbeeld de subsidie voor de plaatselijke voetbalclub wordt gekort.

Een laatste tendens is dat de inhoud van steeds meer functies algemener wordt omschreven, waarbij het aantal functies binnen overheidsorganisaties wordt teruggebracht. Een goed voorbeeld hiervoor vormt de sector politie, waar het aantal functies in 2010 is teruggebracht van 7.203 naar 90. Eenzelfde tendens vindt onder

9. Wet overheidspersoneel onder de werknemersverzekering.

10. CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, 112.

meer plaats binnen de sector Rijk. Ook daar moet eind 2012 een 'Functiegebouw Rijk' zijn geïmplementeerd.¹¹

2.3 DE AMBTELIJKE STATUS

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een ambtenaar (par. 2.3.1 en par. 2.3.2) en op de mogelijkheid om in plaats van een ambtenaar een 'arbeidscontractant' in dienst te nemen (par. 2.3.3).

2.3.1 Het zijn van ambtenaar

De grondslag voor het zijn van ambtenaar is terug te vinden in artikel 109 Grondwet (Gw), waarin staat:

'De wet regelt de rechtspositie van ambtenaren. Zij stelt tevens regels omtrent hun bescherming bij de arbeid en omtrent medezeggenschap.'

Hieraan is uitvoering gegeven door de invoering van de Ambtenarenwet (AW). Artikel 1 AW geeft aan dat de ambtenaar degene is die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. Voor zover sprake is van een militair, is hieraan uitwerking gegeven in de Militaire Ambtenarenwet. Deze bepaalt dat als militair ambtenaar wordt aangemerkt:

'(...) zij, die zijn aangesteld bij het beroepspersoneel van de krijgsmacht of bij het reservepersoneel van de krijgsmacht om in militaire openbare dienst werkzaam te zijn.'

Voorts is in artikel 7:615 BW een schakelbepaling opgenomen, waaruit blijkt dat de bepalingen van titel 7.10 BW (kortweg het civiele arbeidsovereenkomstenrecht) niet van toepassing zijn ten aanzien van personen die werkzaam zijn bij een publiekrechtelijk lichaam. Dit is slechts anders wanneer titel 7.10 BW voor of bij indiensttreding door wet of verordening van toepassing is verklaard. Wanneer dit gebeurt, spreken wij van 'arbeidscontractanten' (zie par. 2.3.3).

Artikel 2 AW sluit een aantal bijzondere ambtelijke relaties uit van de arbeidsvoorwaardelijke regeling van ambtenaren (titel 3 Ambtenarenwet). Het gaat daarbij onder meer om politieke bewindvoerders, notarissen en gerechtsdeurwaarders. Veelal wordt de rechtspositie van deze personen op een andere wijze geregeld.¹² Voorts geven bepaalde wetten aan dat overheidsmedewerkers de status van werknemer hebben, zodat de bepalingen van titel 7.10 BW van toepassing zijn. Illustratief hiervoor is artikel 2 lid 3 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet SUWI), dat aangeeft dat het personeel in dienst van het Uitvoeringsinsti-

11. Kamerstukken II 2010-2011, 31 490, nr. 60, p. 5.

12. Zie bijvoorbeeld de Regeling rechtspositie burgemeesters.

tuut Werknemersverzekeringen (UWV) op basis van arbeidsovereenkomst werkt. Evenzo bepaalt artikel 16 lid 3 Wet op de bedrijfsorganisatie (Wet BO) dat het personeel in dienst bij de Sociaal-Economische Raad (SER) werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Saillant 'detail' is wel, dat wanneer deze werknemers worden ontslagen, op grond van artikel 2 lid 1 sub a Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) geen voorafgaande toestemming van het UWV WERKbedrijf is vereist. De werknemer is dan geheel aangewezen op de kennelijk onredelijke opzeggingsprocedure ex artikel 7:681 BW. Soms wordt dit ondervangen door in de toepasselijke arbeidsvoorwaardenregeling de mogelijkheid te creëren een beroep te doen op een ontslagcommissie.

2.3.2 Het begrip 'openbare dienst'

Om als ambtenaar te worden aangemerkt, moet een persoon werkzaam zijn in 'openbare dienst', zo bleek uit artikel 1 AW. Dit begrip wordt verder niet door de wetgever gedefinieerd. Blijkens de rechtspraak en literatuur moet worden gekeken naar de mate van overheidsinvloed die wordt uitgevoerd op een drietal terreinen, te weten (cumulatief):

1. doelstelling;
2. beheer (financieel en organisatorisch);
3. beleid.¹³

De wijze waarop deze criteria in de praktijk moeten worden toegepast, blijkt uit de uitspraak van de CRvB in de zaak van Diergaarde Blijdorp.¹⁴ De medewerkers werkzaam bij de stichting Blijdorp werden allemaal aangemerkt als ambtenaar op wie de rechtspositieregeling van de gemeente Rotterdam van toepassing was. De structuur van de stichting was namelijk zodanig, dat het voltallige bestuur van de stichting werd benoemd door de gemeente Rotterdam. Ook was voor alle belangrijke (financiële) besluiten toestemming van het gemeentebestuur vereist. Op een zekere dag werd echter besloten tot een reorganisatie, waarbij de 'governance-structuur' werd aangepast. Daarbij werd de zeggenschapsstructuur binnen de stichting zodanig aangepast, dat alle zeggenschap bij het stichtingsbestuur/de directie kwam te liggen. De directie werd daarbij gecontroleerd door een raad van toezicht. Aan de CRvB werd vervolgens een arbeidsconflict voorgelegd dat was ontstaan in het kader van de ziekte van een medewerkster in de souvenirshop. De CRvB kwam daarop tot de conclusie dat ten gevolge van de wijzigingen binnen de zeggenschapsstructuur niet meer kon worden gesproken van 'een overwegende over-

13. Zie onder andere P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, a.w. (noot 2), p. 1.; A.H. van Zutphen, 'De ambtenaar', *Arbeidsrecht* 1998, nr. 46, p. 20 e.v.; H. Uhlenbroek, 'Ambtenaar of werknemer, is er nog verschil?', *ArbeidsRecht* 2001/4; A.H. van Zutphen, a.w. (noot 3), p. 2. en L.W.H. van den Berg e.a., *Ambtenarenrecht. Jurisprudentiereeks Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 14-16. Zie hieromtrent ook CRvB 31 januari 2002, TAR 2002, 89 en CRvB 22 februari 2001, TAR 2001, 203.

14. CRvB 6 september 2007, LJN: BB4033, JIN 2008, 141 m.nt. S.F.H. Jellinghaus; J.A. Spee & L.J.M. Timmermans, 'Ambtenaarrechtelijk ontslagrecht niet "Bokito-proof"', TAR 2008-3, p. 131-141.

heidsinvloed op doelstelling, beheer en beleid'. Het gevolg daarvan was dat de medewerkers het ambtenaarschap hadden verloren.

Opvallend is dat om aangemerkt te worden als ambtenaar, niet is vereist dat de ambtenaar werkzaam is bij een publieke rechtspersoon. Het is dus ook mogelijk is dat een ambtenaar werkzaam is voor een private rechtspersoon. Dat zal op grond van de vorenstaande criteria doorgaans een stichting zijn. Evenmin is het betalen van bezoldiging vereist. Een ambtenaar kan dus ook onbezoldigd zijn. Dat zien we ook regelmatig gebeuren, denk bijvoorbeeld aan mensen met een Boa-status¹⁵ of aan een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand.

De Blijdorp-uitspraak illustreert voorts duidelijk hoe het toetsingscriterium werkt. Dit staat overigens los van het feit dat wel wat inhoudelijke kritiek op deze uitspraak kan worden geuit. Immers, zoals hierna nog aan de orde zal komen, kent het ambtenarenrecht een gesloten stelsel van ontslaggronden. Deze medewerkers raakten echter van rechtswege hun ambtelijke status kwijt, waardoor zij geen beroep meer op deze bijzondere ontslagbescherming konden doen. Men kan zich voorts afvragen wat dan wel hun formele status (en bijbehorende arbeidsvoorwaarden) was. Immers, een arbeidsovereenkomst vergt wilsovereenstemming en deze ontbreekt.¹⁶ Evenzo kan men zich afvragen of die medewerkers dan nog wel beschikken over een bezwaarmogelijkheid in het kader van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

2.3.3 Arbeidscontractanten

De AW opent de mogelijkheid voor overheidswerkgevers om via het toepasselijke ambtenarenrecht de regeling van het burgerlijk arbeidsrecht van toepassing te verklaren. Dit volgt uit artikel 134 AW, waarbij deze mogelijkheid slechts voor een beperkt aantal sectoren is toegestaan.¹⁷ Zo kent de sector Rijk deze mogelijkheid niet.¹⁸ Niet iedere sector heeft vervolgens van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. Wel wordt daarvan gebruikgemaakt binnen (onder meer) de sector Gemeenten (zie artikel 2:5 CAR/UWO). Daarbij is de mogelijkheid (kortweg) beperkt tot tijdelijke arbeidskrachten. Een gemeente kan kiezen tussen een tijdelijke aanstelling of een tijdelijk arbeidscontract. Bij een arbeidscontractant is de regeling in titel 7.10 BW van toepassing, waarbij moet worden opgemerkt dat het BBA niet van toepassing is bij een opzegging (artikel 2 lid 1 sub a BBA).

In de praktijk wordt van deze mogelijkheid desondanks weinig gebruikgemaakt, aangezien de meerwaarde hiervan doorgaans nihil is. Het doel bij gemeentes kan

15. Het begrip 'Boa' staat voor bijzonder opsporingsambtenaar.

16. Vergelijk in dit kader HR 20 juni 1997, JAR 1997, 154 (Zaanstad Assmann).

17. Deze regeling is destijds in de Ambtenarenwet opgenomen, omdat het parlement vreesde dat door overheidswerkgevers misbruik zou worden gemaakt van arbeidsovereenkomsten naar burgerlijk recht. Daarbij valt te denken aan de premieverplichting voortvloeiende uit de Pensioenwet 1922. Aldus H.J.S. Korteweg-Wiers, e.a., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 98.

18. Overigens tot 1995 kende het ARAR de rijksarbeidscontractant wel. Zie hieromtrent nader P.E.M. Messer-Dinissen, *De Rijksarbeidscontractant*, Den Haag: VUGA 1995.

namelijk veelal ook door een tijdelijke aanstelling worden bereikt. Van belang is voorts dat overheidswerkgevers doorgaans eigenrisicodragers zijn (zie par. 2.6.6). Als gevolg hiervan kan de te betalen werkloosheidsuitkering fors oplopen in verhouding tot de korte duur van het dienstverband. Het is dan ook voor een overheidsinstantie interessanter om via andere wegen tijdelijke arbeidskrachten in te huren, bijvoorbeeld via uitzendbureaus.

2.4 DE STRUCTUUR VAN HET AMBTENARENRECHT

Het ambtenarenrecht valt voor het overgrote deel onder het bestuursrecht en kent een specifieke structuur. De materiële kant van de rechtspositie is geregeld in de Ambtenarenwet en de daarop gebaseerde rechtspositionele regelingen, terwijl de formele aspecten (de wijze waarop besluiten van de overheidswerkgever tot stand komen en de mogelijkheid tegen deze besluiten bezwaar en beroep in te stellen) zijn geregeld in de Awb.

De Ambtenarenwet laat de regeling van inhoudelijke arbeidsvoorwaarden over aan de overheidswerkgever die deze vaststelt in een uitvoeringsregeling. De Ambtenarenwet geeft grofweg alleen aan hoe beslag op loon moet worden gelegd als er sprake is van een ambtenaar en dat er integriteitsregelgeving moet bestaan. Voor het materiële recht moet dan ook doorgaans worden gekeken in het toepasselijke ambtenarenreglement en de bijbehorende uitvoerings- en beleidsregels. Deze regeling zal doorgaans zijn vastgelegd in een algemene maatregel van bestuur (zoals de regeling voor de sector Rijk¹⁹ en de sector Politie²⁰) of in een verordening.²¹ Ter illustratie een schematisch overzicht van de wijze waarop de rechtspositie van de Rijksambtenaar is geregeld.

Niveau 1: Ambtenarenwet

Niveau 2: Algemeen Rijksambtenarenreglement

Niveau 3: Uitvoeringsbesluiten, zoals:

- Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren 1984
- Beoordelingsvoorschrift Burgerlijk Rijkspersoneel 1985
- Regeling bezwarenprocedure functiewaardering BBRA 1984
- Verplaatsingskostenbesluit 1989
- Reisbesluit binnenland 1989
- Besluit bovenwettelijke uitkeringen bij werkloosheid voor de sector Rijk
- Besluit melden vermoeden van misstand bij Rijk en Politie
- Besluit Sociaal Flankerend beleid Sector Rijk 2008-2012

19. Algemeen Rijksambtenarenreglement.

20. Besluit Algemene rechtspositie Politie.

21. Bijvoorbeeld de nieuwe Rechtspositieregeling Gemeente Amsterdam (NRGA).

Niveau 4a: Rijksbrede beleidsregels, zoals:

- Rijk 2008-2012
- Leidraad voor de toepassing van de aanwijzing inzake externe contacten van Rijksambtenaren bij functionele contacten met de Staten-Generaal en individuele Kamerleden
- Circulaire aanvaarden van geschenken door ambtenaren

Niveau 4b: Lokale beleidsregels, zoals:

- EBI (Extra Beveiligde Inrichting) toelage
- DJI (Dienst Justitiële Inrichtingen) uitvoeringsrichtlijnen Sociaal Flankerend Beleid 2008-2012

In het verlengde hiervan kunnen ook internationale verdragen een rol spelen (bijvoorbeeld in het kader van rechtsbescherming en van vrijheden zoals vrijheid van meningsuiting). Voorts kan ook algemene regelgeving van toepassing zijn, zoals de arbeidsomstandighedenwetgeving, arbeidstijdenwetgeving of de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Maar ook de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) kan in voorkomende gevallen een rol spelen.

Bij de toepassing van het ambtenarenrecht moet tevens rekening worden gehouden met de 'politieke dimensie' van de besluitvorming. Zo kan het politiek wenselijk worden geacht dat een ambtenaar 'wordt geofferd' of kan een bepaalde afvloeiingsregeling niet worden getroffen omdat dit politiek 'niet is te verkopen'. In het verlengde hiervan moet vaak ook rekening worden gehouden met de publiciteit die besluiten met zich mee kunnen brengen.

Op 26 maart 2006 is artikel 125ter in de Ambtenarenwet opgenomen. Hierin staat dat de overheidswerkgever en de overheidswerknemer elkaar als goed overheidswerkgever en goed ambtenaar moeten behandelen. Voor die tijd was alleen 'het goed ambtenaarschap' in de verschillende reglementen vastgelegd.²² Thans is ook de spiegelbeeldige verplichting voor de overheidswerkgever in wetgeving verankerd. Daarbij is het de bedoeling dat deze bepaling analoog aan het bepaalde in artikel 7:611 BW wordt toegepast binnen het ambtenarenrecht.²³ Alhoewel het desbetreffende wetsvoorstel primair zag op het borgen van integriteit binnen het ambtenarenrecht, is de reikwijdte van artikel 125ter AW volgens de wetgever dus expliciet royaler bedoeld.

Hoe sympathiek dit ook klinkt, de vraag is hoe deze bepaling zich verhoudt met de systematiek van het bestuursrecht. Deze is immers nogal formalistisch van aard. De civiele begrippen goed werkgeverschap en goed werknemerschap vormen volgens de Hoge Raad een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid.²⁴ Dit is een vreemde constructie binnen het bestuursrecht. Het is dan ook de vraag op welke wijze dit zich verder zal ontwikkelen. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken

22. Zie bijvoorbeeld artikel 50 ARAR en artikel 15:1 CAR/UWO.

23. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 437, nr. 3, p. 18-19.

24. HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (AGFA).

aan de vraag of en hoe het Taxi Hofman-criterium binnen het ambtenarenrecht moet worden uitgewerkt.

2.5 RECHTSBESCHERMING

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat het materiële ambtenarenrecht is opgenomen in verschillende toepasselijke reglementen, terwijl het formele ambtenarenrecht (de bescherming van de ambtenaar tegen besluiten van zijn overheids-werkgever) voor een belangrijk deel is terug te vinden in de Awb. De ambtenaar staat namelijk in een rechtsbetrekking tot een bestuursorgaan, zodat laatstgenoemde wet op deze rechtsbetrekking van toepassing is. In deze paragraaf zal allereerst worden ingegaan op de terminologie uit de Awb (par. 2.5.1), waarna de wijze waarop besluiten van de overheidswerkgever tot stand dienen te komen en de wijze waarop de ambtenaar deze besluiten kan aanvechten aan de orde zullen komen (par. 2.5.2 respectievelijk par. 2.5.3).

2.5.1 Terminologie uit de Algemene wet bestuursrecht

Van belang is dat gebruik wordt gemaakt van de juiste terminologie. Zo is een ambtenaar in dienst van bijvoorbeeld het Rijk (de publiekrechtelijke rechtspersoon, ook wel aangeduid als 'Staat der Nederlanden'), maar worden besluiten genomen door het bevoegde bestuursorgaan, ook wel aangeduid als het 'bevoegd gezag' (binnen het Rijk is dat doorgaans de minister). Dit geldt evenzo op gemeentenniveau, alwaar de ambtenaar in dienst is van een gemeente, maar besluiten worden genomen door het college van burgemeester en wethouders (B&W). Een ambtenaarrechtelijke procedure wordt dan ook doorgaans gevoerd tegen het bestuursorgaan en niet tegen de rechtspersoon. Bovendien kan het bevoegd gezag zijn bevoegdheid tot het nemen van specifieke besluiten vaak mandateren aan anderen (bijvoorbeeld aan het hoofd personeelzaken). Hiervoor moet wel weer een bevoegd mandaatbesluit bestaan.

Naast algemeen verbindende voorschriften (zoals een wet, een AMvB of verordening) is een bestuursorgaan doorgaans ook gebonden aan beleidsregels (zie artikel 1:1 lid 4 Awb). Deze hebben betrekking op de wijze waarop belangen moeten worden afgewogen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Beleidsregels komen in het ambtenarenrecht veelvuldig voor, bijvoorbeeld in de vorm van een sociaal statuut. Een overheidsorgaan is in beginsel gehouden overeenkomstig deze beleidsregels te handelen. Dit kan mede volgen uit het goed werkgeverschap ex artikel 125ter AW.

2.5.2 *Totstandkoming van besluiten*

Bij de totstandkoming van een besluit moet een bestuursorgaan onder meer rekening houden met de zogenoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze zijn onder meer het:

- zorgvuldigheidsbeginsel (artikelen 3:2 en 3:4 Awb);
- fair-playbeginsel/verbod op vooringenomenheid (artikel 2:4 Awb);
- motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb);
- verbod van detournement de pouvoir (artikel 3:3 Awb);
- verbod van willekeur (niet gecodificeerd in de Awb);
- vertrouwens-, rechtszekerheidsbeginsel (niet gecodificeerd in de Awb);
- gelijkheidsbeginsel (niet gecodificeerd in de Awb).

In de praktijk speelt ten aanzien van een overheidswerkgever dan ook vaak de vraag of het besluit van het bestuursorgaan met betrekking tot de ambtenaar (doorgaans een beschikking als bedoeld in artikel 1:3 lid 2 Awb) wel voldoende is gemotiveerd. Door een ambtenaar kan daarnaast vaak ook worden betoogd dat de beschikking (nog) zorgvuldiger tot stand had moeten komen. Zo bestaat er in veel gevallen de verplichting voor het bestuursorgaan om een ambtenaar vooraf te horen, alvorens een beschikking te geven. Deze verplichting bestaat onder meer bij een afwijzing van een verzoek om een beschikking door de ambtenaar, tenzij de afwijzing berust op gegevens die de ambtenaar zelf heeft verstrekt (zie artikel 4:7 Awb). Het horen kan mondeling of schriftelijk plaatsvinden (artikel 4:9 Awb). Daarnaast blijkt dat bij een beschikking van financiële aard (artikel 4:12 Awb), bij een kwestie waarbij spoed is vereist, waarbij de ambtenaar al eerder is gehoord, of waarbij het doel slechts kan worden bereikt bij niet-horen, de hoorplicht achterwege kan blijven (artikel 4:7 en 4:8 Awb). Een bekend voorbeeld binnen het ambtenarenrecht waarbij doorgaans niet vooraf wordt gehoord, betreft de schorsing. Veelal is dit een voorbode voor een disciplinair strafontslag en is het zaak dat de betrokken ambtenaar zo snel mogelijk van de werkvloer verdwijnt. Vooraf horen verhindert zich dan niet tot de gewenste snelheid van handelen.

Op grond van artikel 4:13 lid 1 Awb dient een beschikking te worden gegeven binnen de bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn of, bij het ontbreken van zulk een termijn, binnen een redelijke termijn na ontvangst van de aanvraag.²⁵ Indien de termijn niet haalbaar is, is het omwille van de rechtszekerheid van belang dat betrokkene daarvan op de hoogte wordt gesteld. Als er niet aan deze verplichting wordt voldaan, is sprake van schending van artikel 4:13 lid 2 Awb.²⁶ De redelijke termijn is in ieder geval verstreken wanneer het bestuursorgaan acht weken na ontvangst

25. Het gaat hierbij dan ook uitdrukkelijk niet om ambtshalve te nemen besluiten, zie hiervoor T. Barkhuysen e.a. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, congresbundel, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 320.

26. Deze schending is dan niet het gevolg van een te lange beslistermijn, maar een gevolg van het in onzekerheid verkeren van de burger, zie hiervoor T. Barkhuysen e.a., a.w. (noot 25), p. 9.

van de aanvraag nog geen beschikking heeft gegeven, noch een kennisgeving op grond van artikel 4:14 lid 3 Awb heeft gedaan waarin het aangeeft binnen welke redelijke termijn wel een beschikking tegemoet kan worden gezien. Op grond van artikel 4:17 lid 1 tot en met 3 Awb kan de aanvrager na het verstrijken van de beslistermijn het bestuursorgaan schriftelijk in gebreke stellen. Als het bestuursorgaan twee weken na deze ingebrekestelling nog steeds geen besluit heeft genomen, verbeurt het op grond van voornoemd artikel ten minste een dwangsom van € 20. Voorts kan sprake zijn van een fictieve weigering, waartegen bezwaar en beroep openstaat (artikel 6:2 Awb).

2.5.3 *Rechtsgang*

Tegen 'ieder besluit' staat voor de ambtenaar de weg van bezwaar en beroep open.²⁷ Het besluit-begrip is daartoe door artikel 8:2 Awb voor ambtenaren opgerekt tot iedere handeling waarbij de ambtenaar belanghebbende is. De ambtenaar kan door artikel 8:2 Awb dus niet alleen tegen beschikkingen een bezwaar- en beroepsprocedure starten, maar ook tegen feitelijk handelen en tegen besluiten van algemene strekking. Van belang daarbij is wel dat de ambtenaar door het 'besluit' in zijn (rechtspositionele) belangen moet zijn geschaad.

Zo was een ambtenaar die een piercing droeg niet-ontvankelijk in zijn beroep bij de rechtbank, omdat aan de mededeling van zijn leidinggevende dat de piercing eraf moest, geen rechtspositionele sanctie was verbonden.²⁸ Daarentegen werd een politieambtenaar met een hanenkam wel ontvankelijk geacht bij zijn beroep tegen de opdracht om de hanenkam te bedekken, omdat hij als gevolg daarvan geen surveillance meer mocht doen.²⁹ Een ander voorbeeld van een situatie waarbij soms bezwaar en beroep kan worden ingesteld, betreft het functieonderhoud (het vaststellen van de functiebeschrijving en de bijbehorende waardering). Hierdoor kan een ambtenaar namelijk worden geraakt in zijn rechtspositie.³⁰ Als uitgangspunt geldt dat een ambtenaar vooraf moet worden gewaarschuwd als het verzoek tot functieonderhoud negatief voor hem uitpakt (doordat hij bijvoorbeeld in een lagere schaal terechtkomt dan de huidige).³¹ Niet voor bezwaar en beroep vatbaar zijn voorts opleidingseisen, omdat deze nodig zijn voor een normale, goede functie-uitoefening.³² Een bijzondere situatie doet zich tot slot voor bij de sollicitatie. Artikel 8:4 Awb bepaalt dat bij een afwijzing op een sollicitatie alleen een ambtenaar bezwaar kan aantekenen. De CRvB heeft aangegeven dat dit alleen geldt voor interne kandi-

27. Volgens artikel 1:3 Awb is dat een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

28. Rb. Amsterdam 30 mei 2003, TAR 2003, 199 en CRvB 17 maart 2005, TAR 2005, 82, alsmede annotatie Schaap TAR 2006-1, p. 15.

29. CRvB 24 december 2009, TAR 2010, 56 m. nt. Schaap, CRvB 13 augustus 2009, TAR 2010, 9 en CRvB 24 december 2009, JIN 2010, 156 m.nt. Jellinghaus.

30. Zie CRvB 10 augustus 2006, LJN: AY6968 en CRvB 1 juli 1999, TAR 1999, 125.

31. Zie artikel 7:11 Awb en CRvB 29 maart 2001, TAR 2001, 75 en CRvB 8 juni 2006, TAR 2006, 152.

32. CRvB 24 november 2005, LJN: AU7866.

daten. Een ambtenaar die solliciteert bij een andere overheidswerkgever, wordt daarbij aangemerkt als een externe kandidaat.³³ Aan derden komt geen bezwaaren beroepsrecht toe. Zij kunnen eventueel wel de gang naar een ombudsman maken of bijvoorbeeld de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) inschakelen.

De ambtenaar die actie wil ondernemen tegen een besluit van het bestuursorgaan dient daartoe over te gaan binnen de geldende bezwaartermijn van zes weken nadat het besluit is genomen (artikel 6:7 Awb). Is hij te laat, dan kan hij eventueel nog wel verzoeken om een herziening van het besluit, maar daar zal zich niet snel een grond voor voordoen. Er moet dan namelijk sprake zijn van nieuwe feiten en omstandigheden en daarvan is doorgaans geen sprake.³⁴ De bezwaartermijn gaat vanzelfsprekend pas lopen zodra de ambtenaar van het genomen besluit op de hoogte was of redelijkerwijs kon zijn. Blijkens de rechtspraak van de CRvB is hiervan onder meer sprake als de ambtenaar het bestaan van het besluit had kunnen afleiden uit zijn loonstrook.³⁵

Na afloop van de bezwaarprocedure en de beroepsprocedure bij de rechtbank kan hoger beroep worden ingesteld bij de CRvB.³⁶ De bezwaarprocedure betreft een interne volledige heroverweging door het bestuursorgaan dat het besluit genomen heeft (*ex nunc*), terwijl de rechter in beroep het besluit slechts toetst aan het recht (*ex tunc*). Van belang daarbij is dat tijdens de bezwaarprocedure wordt geprocedeerd tegen het primaire besluit, terwijl het oordeel van de rechter tijdens het beroep ziet op het besluit dat is genomen op het bezwaar. Wanneer de rechter het besluit vernietigt, betekent dit dat het besluit op bezwaar opnieuw moet worden genomen. Eventueel kan de rechter ook besluiten dat het beroep gegrond is, maar dat de rechtsgevolgen van het besluit in stand moeten blijven.³⁷ Ook kan de rechter het bestuursorgaan de opdracht geven tot het nemen van een nieuw besluit onder oplegging van een dwangsom.³⁸ In spoedeisende gevallen kan een voorlopige voorziening worden gevraagd. De gevraagde voorziening ziet dan op de schorsing van het genomen (primaire) besluit. In hoger beroep wordt door het bestuursorgaan ook wel een voorlopige voorziening verzocht, zij het in dat geval om de werking van de beslissing van de rechtbank op te schorten.³⁹

Opgemerkt dient te worden dat toegang tot de rechter nog niet leidt tot een geslaagd beroep. Immers, de rechter toetst de beslissing inhoudelijk marginaal. Wel zal getoetst worden of het bestuursorgaan zich heeft gehouden aan de eigen interne (beleids)regelgeving, zoals een regeling werving en selectie. Van belang in dat

33. CRvB 15 november 2006, LJN: AZ3047. Zie hieromtrent ook P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, a.w. (noot 2), p. 1.

34. Zie artikel 6:18 Awb en artikel 8:88 Awb; CRvB 24 december 2009, JIN 2010, 156.

35. CRvB 1 maart 2001, TAR 2003, 6.

36. Dit is geregeld in de Beroepswet.

37. CRvB 6 oktober 2008, TAR 2009, 57.

38. CRvB 17 november 2008, TAR 2009, 53.

39. Het instellen van beroep bij de Centrale Raad van Beroep kent geen opschortende werking (artikel 19 Beroepswet).

kader is dat veel topbenoemingen van ambtenaren een aparte regeling kennen, zoals kroonbenoemingen per koninklijk besluit.⁴⁰

Bij het procederen bij de rechtbank en de CRvB is voorts griffierecht verschuldigd. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de relevante procesreglementen van de rechtbank en de CRvB. De gehele bestuursrechtelijke procedure dient op grond van artikel 6 EVRM tot slot voorspoedig te verlopen. Zo heeft de CRvB aangegeven dat, behoudens bijzondere situaties, een procedure in drie instanties (bezwaar, beroep en hoger beroep) in totaal vier jaar mag duren. Voor de behandeling in bezwaar staat een half jaar, voor de behandeling van het beroep anderhalf jaar en voor de behandeling door de CRvB twee jaar. Wanneer deze termijn wordt overschreden, acht de CRvB een vergoeding van € 500 per half jaar of een gedeelte daarvan redelijk.⁴¹

2.6 DE INDIVIDUELE RECHTSPOSITIE VAN DE AMBTENAAR

De belangrijkste informatiebron voor de individuele rechtspositie van een ambtenaar wordt gevormd door het op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositiereglement. Voor rijksambtenaren is dat bijvoorbeeld het in een AMvB opgenomen Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR).⁴² Het rechtspositiereglement verschilt per sector en soms ook per overheidswerkgever. Zo kent de gemeente Amsterdam een rechtspositieregeling die afwijkt van het algemeen binnen de sector geldende CAR-UWO. Het is dus van belang steeds over het toepasselijke reglement te beschikken. Vanwege de beknoptheid van deze bijdrage wordt in het vervolg met name stilgestaan bij de meer algemene regelingen in de ARAR (met betrekking tot rechtspositie van de rijksambtenaar) en het CAR-UWO (met betrekking tot de rechtspositie van de gemeenteambtenaar). Aan de hand daarvan zal worden ingegaan op de volgende onderwerpen:

- de aanstelling (par. 2.6.1);
- integriteit (par. 2.6.2);
- maximering van de bezoldiging van topfunctionarissen (par. 2.6.3);
- arbeidsongeschiktheid (par. 2.6.4);
- aansprakelijkheid bij ongevallen en beroepsziekten (par. 2.6.5);
- privatisering en deprivatisering (par. 2.6.6);
- ontslag en disciplinaire maatregelen (par. 2.6.7).

40. Vgl. artikel 7 ARAR.

41. Zie CRvB 26 januari 2009, LJN: BH1009 en bijvoorbeeld voor de toepassing hiervan CRvB 24 december 2010, TAR 2011, 94.

42. Besluit van 12 juni 1931, tot vaststelling van het Algemeen Rijksambtenarenreglement.

2.6.1 De aanstelling

De basis voor het ambtenaar zijn vormt het aanstellingsbesluit van de ambtenaar. Dit volgt uit het algemene bestuursrecht (artikel 1:3 Awb) en vaak ook uit de toepasselijke reglementen. Zo spreken de reglementen doorgaans van een 'akte van aanstelling'.⁴³ Deze akte van aanstelling moet niet worden verward met het daaraan ten grondslag liggende 'aanstellingsbesluit'. De akte heeft tot doel de ambtenaar schriftelijk op de hoogte te stellen van de inhoud van zijn aanstelling.⁴⁴ In de praktijk is het voorgekomen dat een formeel aanstellingsbesluit ontbrak. De CRvB neemt in een dergelijke situatie onder omstandigheden toch aan dat sprake is van een ambtenarenverhouding. Uit de feiten en omstandigheden moet dan wel duidelijk blijken dat de intentie bestond om een ambtenarenverhouding aan te gaan. Daarbij valt te denken aan de aanmelding van de ambtenaar bij het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP), het toezenden van salarisspecificaties waarin wordt verwezen naar zijn aanstelling en dergelijke.⁴⁵

Aan de aanstelling kan een antecedentenonderzoek en/of veiligheidsonderzoek voorafgaan.⁴⁶ In afwachting van de resultaten van dit soort onderzoeken bestaat er doorgaans een bijzondere aanstellingsgrond. Evenzo bestaan ook bijzondere ontslaggronden bij het in dat kader verstrekken van onjuiste informatie (of het verzwijgen van relevante informatie).⁴⁷

De aanstelling vindt als uitgangspunt plaats in vaste dienst. De reglementen kennen echter ook de mogelijkheid om een ambtenaar in tijdelijke dienst te nemen en wel voor bepaalde of 'onbepaalde' tijd. Bij tijdelijke dienst voor bepaalde tijd is de datum van uitdiensttreding bekend, terwijl dat bij een aanstelling in tijdelijke dienst voor 'onbepaalde' tijd niet het geval is (denk aan de vervanging tijdens ziekte). Aanstelling in tijdelijk dienst kan doorgaans alleen plaatsvinden op gronden die in het reglement zijn benoemd. Bij een tijdelijke aanstelling eindigt deze van rechtswege na verloop van tijd. Hiervoor hoeft geen specifiek ontslagbesluit te worden genomen. Wel staat tegen de (impliciete) weigering om de aanstelling te verlengen c.q. om te zetten naar vaste dienst bezwaar en beroep op. De rechter toetst deze beslissingen inhoudelijk marginaal. Bij een zogenoemde 'proefaanstelling' speelt bijvoorbeeld onder meer het criterium of de ambtenaar voldaan heeft aan de in redelijkheid te stellen verwachtingen.⁴⁸ Verlenging dient tevens plaats te vinden overeenkomstig het aanstellingsbeleid.⁴⁹ Van belang is voorts dat de regle-

43. Zie bijvoorbeeld artikel 12 ARAR.

44. Vgl. A.H. van Zutphen, a.w. (noot 3), p. 2 en P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, a.w. (noot 2), p. 1.

45. CRvB 30 januari 19980, TAR 1990, 74 en CRvB 3 maart 1994, TAR 1994, 103. Geen aanstelling aangenomen: CRvB 30 maart 2000, TAR 2000, 65 en CRvB 30 mei 2002, TAR 2003, 52.

46. Zie in dit kader ook de Wet Veiligheidsonderzoeken.

47. Vgl. artikel 9 lid 3 ARAR en CRvB 12 februari 2009, LJN: BH4715 en CRvB 26 juni 2008, LJN: BD6263.

48. Vgl. CRvB 22 april 2010, LJN: BM3706 en CRvB 22 april 2010, LJN: BM3706.

49. Zie artikel 12 ARAR en artikel 2:4:1 CAR-UWO.

menten vaak zogenoemde 'flex-bepalingen' kennen, op grond waarvan een maximaal aantal tijdelijke aanstellingen opeenvolgend mag worden verstrekt.⁵⁰ Deze bepalingen zijn veelal net iets anders geformuleerd dan in artikel 7:668a BW.

De aanstelling vindt plaats in een functie. Dit is het samenstel van werkzaamheden die de ambtenaar moet verrichten krachtens hetgeen hem door het bevoegd gezag is opgedragen.⁵¹ Een besluit tot aanpassing van de functieomschrijving en/of van de bijbehorende bezoldiging valt onder het 'functieonderhoud'. Indien dit nadelige gevolgen heeft voor de rechtspositionele belangen van de ambtenaar, kan hij daartegen bezwaar en beroep instellen op grond van de Awb.⁵² Evenzo kan een ambtenaar zijn werkgever vragen een besluit met betrekking tot bijvoorbeeld zijn bezoldiging te nemen.⁵³ Dit onderwerp is vaak uitgewerkt in het ambtenarenreglement en de daarop gebaseerde uitvoeringsreglementen, zoals het Bezoldigingsbesluit Rijksambtenaren.

Naast een wijziging van de functie kan ook overplaatsing plaatsvinden. De basis hiervoor is te vinden in het reglement (waarbij bijvoorbeeld te denken valt aan een overplaatsing in het belang der dienst).⁵⁴ De ambtenaar kan daartegen in bezwaar en beroep gaan, waarna een bestuursrechtelijke toetsing van het besluit zal plaatsvinden. Eventueel kan het goed werkgeverschap bij deze toets een rol spelen (zie artikel 125ter AW), zij het dat de ontwikkeling van dit leerstuk zich nog 'in de kinderschoenen bevindt'. Tot nog toe wordt de eenzijdige wijziging in het ambtenarenrecht mede daardoor anders getoetst dan in het civiele arbeidsrecht.⁵⁵

2.6.2 Integriteit

Integriteit vormt een belangrijk aspect van het ambtenarenrecht. De overheid dient onpartijdig en van onbesproken gedrag te zijn. Hetzelfde geldt daarom voor de ambtenaren, aangezien zij het verlengstuk van de overheid vormen. Uit artikel 125quater AW blijkt daarom dat door de overheidswerkgever een integriteitsbeleid moet worden gevoerd. In het verlengde daarvan wordt van ambtenaren doorgaans

50. Zie onder meer artikel 6 lid 6 ARAR en artikel 2:4 CAR-UWO.

51. We zien op dit moment een tendens, waarbij de functies van ambtenaren steeds ruimer worden omschreven. Illustratief hiervoor is het traject dat in 2011 is doorlopen binnen de sector politie, waarbij alle huidige functiebeschrijvingen van de ambtenaren binnen deze sector van 7203 functiebeschrijvingen worden teruggebracht naar 90. Een vergelijkbaar traject vindt bij de rijksoverheid plaats. Zo zien we dat bijvoorbeeld rijksambtenaren worden aangesteld in algemene dienst. Hierdoor wordt *employability* bereikt.

52. Zie CRvB 10 augustus 2006, LJN: AY6968. Inhoudelijk wordt dit door rechters terughoudend getoetst, vgl. CRvB 22 november 2007, LJN: BB8665. Zie hieromtrent ook K. Festen-Hoff, 'Tien jaar functiebeschrijving en functiewaardering: (n)iets nieuws onder de zon?', TAR 2010-12, p. 585-594.

53. Daarbij is niet uitgesloten dat een lagere waardering volgt. Alsdan geldt artikel 7:11 Awb, *reformatio in peius*.

54. Vgl. artikel 57 ARAR. Zie ook artikel 49h ARAR bij reorganisaties e.d.

55. Zie ook K.P.D. Vermeulen & C.I. van Gent, 'Ambtenaren worden gewone werknemers', Tap 2011-2, p. 56.

verwacht dat zij een eed of belofte afleggen.⁵⁶ Het integriteitsbeleid krijgt vorm door verschillende regelingen, waaronder ook klokkenluidersregelingen.⁵⁷ Het grote belang dat wordt gehecht aan integriteit heeft veelal tot gevolg dat kritisch wordt gekeken naar nevenwerkzaamheden. Doorgaans schrijft het toepasselijke ambtenarenreglement ter zake een meldplicht voor.⁵⁸ Dit staat vaak op gespannen voet met het grondrecht van vrije arbeidskeuze (artikel 19 lid 3 Gw), zij het dat dit recht bij of krachtens wet kan worden beperkt. Veelal is het mogelijke gevaar van schade voor de hoofdfunctie voor de overheidswerkgever al voldoende reden om een nevenwerkzaamheid niet toe te staan.⁵⁹ Een algemeen verbod op nevenwerkzaamheden is echter niet toegestaan.⁶⁰ De omvang van het verbod zal in de praktijk vaak afhangen van de aard van de functie van de ambtenaar. Met name ambtenaren die het geweldsmonopolie uitoefenen, zoals politieambtenaren, militairen en penitentiaire inrichtingswerkers, hebben beperkte mogelijkheden tot het verrichten van nevenarbeid. Zo is het een politieambtenaar niet toegestaan om binnen het eigen bewakingsgebied bardiensten te verrichten binnen de horeca.⁶¹ Het belang van integriteit leidt tevens tot een beperking van het grondrecht van vrije meningsuiting (artikel 7 Gw). Zo bepaalt artikel 125a AW:

'1. De ambtenaar dient zich te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens of van de uitoefening van het recht tot vereniging, tot vergadering en tot betoging, indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd.

2. Het eerste lid is, voor wat betreft het recht van vereniging, niet van toepassing op het lidmaatschap van:

- a. een politieke groepering, waarvan de aanduiding is ingeschreven overeenkomstig de Kieswet of*
- b. een vakvereniging.*

3. De ambtenaar is verplicht tot geheimhouding van hetgeen hem in verband met zijn functie ter kennis is gekomen, voor zover die verplichting uit de aard der zaak volgt.'

In de praktijk wordt de beperking van het recht op vrije meningsuiting veelal zo uitgewerkt, dat ambtenaren met name terughoudend dienen te zijn met het uiten van kritiek op het eigen beleidsterrein.⁶² Een overtreding hiervan kan leiden tot plichtsverzuim en dus tot een disciplinaire sanctie.

56. Vgl. 125 quinquis lid 1 sub a Ambtenarenwet. Vervolgens kan bij overtreding een strafrechtelijke sanctie volgen.

57. Zie bijvoorbeeld Besluit melden vermoeden van misstand bij Rijk en Politie. Zie hieromtrent ook www.integriteitoverheid.nl.

58. Zie bijvoorbeeld artikel 61 ARAR en artikel 15:1:6 CAR/UWO.

59. CRvB 23 juni 1994, TAR 1994, 179.

60. CRvB 20 augustus 2003, TAR 2003, 195.

61. Rb. Breda 2 oktober 2001, TAR 2002, 9.

62. Vgl. CRvB 28 juli 2005, TAR 2005, 157 en Rb. Alkmaar 25 november 1993, TAR 1994, 50; Rb. Breda 15 november 1994, TAR 1995, 48, vgl. CRvB 28 juli 2005, TAR 2005, 157.

Een ander goed voorbeeld van de werking van het 'goed ambtenaarschap' als het gaat om integriteit vormt tot slot de werking van het zwijgrecht. Zo werd bij een strafrechtelijke huiszoeking bij een politieman thuis een bedrag van € 300.000 aangetroffen. De strafzaak (heling) leidde tot een vrijspraak. De werkgever vroeg vervolgens om opheldering omtrent de herkomst van het bedrag. Dit werd door de politieagent geweigerd met een beroep op zijn zwijgrecht. De CRvB deelde de mening van het politiekorps dat er ernstige twijfel bestond omtrent de integriteit en betrouwbaarheid van de politieambtenaar. Vanuit zijn functie mocht worden verwacht dat hij boven iedere twijfel verheven was. Een strafontslag was dan ook toegestaan.⁶³

2.6.3 Maximering bezoldiging van topfunctionarissen

Op dit moment is het wetsvoorstel Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector aanhangig.⁶⁴ Dit wetsvoorstel moet de excessieve beloningen van topfunctionarissen terugbrengen. Het wetsvoorstel bevat een uitgebreide opsomming van functies die onder de noemer 'topfunctionaris' zijn te brengen. Voor deze functionarissen schrijft het voorstel een maximum bezoldiging voor van circa € 187.000 bruto. Vervolgens wordt ook een maximum afvloeiingsregeling voorgeschreven, te weten:

'(...) partijen komen geen uitkering overeen wegens beëindiging van het dienstverband, die gezamenlijk meer bedragen dan de som van de beloning en de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn over de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van het dienstverband, tot ten hoogste € 75.000,-.'

Het is opvallend dat dit wetsvoorstel een enigszins geruisloos leven leidt.⁶⁵ De vraag is of het stellen van een maximum bezoldigingsnorm wel nodig is, aangezien juist binnen de overheid de normale beloningstabellen gelden. Maar meer nog kunnen vraagtekens worden gesteld bij de maximering van de afvloeiingsregeling. Immers, in paragraaf 2.7 zal blijken dat een bovenwettelijke uitkering doorgaans een veelvoud hiervan bedraagt. Betekent dit dat dergelijke topfunctionarissen geen aanspraak meer zullen kunnen maken op dit reglementaire recht? Daarmee worden ze ongunstiger behandeld dan een reguliere ambtenaar en dat kan mijns inziens niet de bedoeling zijn.

63. CRvB 24 april 2003, TAR 2003, 143.

64. Kamerstukken II 32 600. Regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector (Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector).

65. Een uitzondering hierop vormt M.S. Houwerzijl, 'Wettelijke verankering van de "Balkenendenorm" nabij?', TRA 2011-4, p. 3-4.

2.6.4 Arbeidsongeschiktheid

In geval van arbeidsongeschiktheid zal steeds in het toepasselijke reglement moeten worden gekeken hoe de loondoorbetalingsverplichting gedurende ziekte is geregeld. Zo gaat het ARAR ervan uit dat in het eerste jaar volledige loondoorbetaling plaatsvindt en daarna 70% van het loon tot aan de ontslagdatum (artikel 37 ARAR). Binnen de gemeentelijke sector wordt slechts gedurende de eerste zes maanden de volledige bezoldiging doorbetaald, waarna dit als volgt wordt afgebouwd: de daarop volgende zes maanden 90%, de volgende twaalf maanden 75% en vervolgens 70% aan het einde van het dienstverband (artikel 7:3 CAR-UWO).

De re-integratieverplichtingen zijn opgenomen in het van toepassing zijnde rechtspositiereglement. Na de operatie overheidspersoneel onder de werknemersverzekeringen (OOW-operatie)⁶⁶ vallen ambtenaren onder de Ziektewet, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) en de Wet Verbetering Poortwachter. Veel overheidsinstanties zijn echter eigenrisicodragers voor de WIA, als gevolg waarvan de zogenoemde 'verlengde loondoorbetalingsverplichting' geen financiële prikkel voor de werkgever vormt om zich daadwerkelijk voor de re-integratie van de ambtenaar in te spannen.

Een algemeen opzegverbod tijdens ziekte kent het ambtenarenrecht niet, maar er bestaat wel een ontslaggrond 'ongeschiktheid wegens ziekte c.q. ziels- en lichaamsgebreken', die in het algemeen een wachttijd aangeeft van minimaal 24 maanden (artikel 8:5 CAR-UWO noemt zelfs een wachttijd van 36 maanden). Interessant in dit kader is voorts dat binnen de Raad voor het overheidspersoneel (ROP) – een centraal overlegplatform tussen sectorwerkgevers en werknemers binnen de overheid – is afgesproken dat ambtenaren die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn, om die reden niet ontslagen zullen worden.⁶⁷ Dit is binnen de sectoren alleen veelal niet als zodanig geïmplementeerd.⁶⁸

Van belang is dat de reglementen binnen het ambtenarenrecht bepalingen kunnen bevatten die op essentiële wijze afwijken van het civiele arbeidsrecht. Een voorbeeld daarvan wordt gevormd door artikel 38 lid 1 en lid 2 ARAR, dat luidt als volgt:

'1. De gewezen ambtenaar die wegens ziekte, ontstaan voor het tijdstip van ingang van zijn ontslag, na zijn ontslag anders dan op grond van artikel 98, eerste lid, onderdeel f, nog ongeschikt is een naar aard en omvang soortgelijke functie te vervullen, heeft:

66. Wet Overheidspersoneel onder de werknemersverzekeringen (Wet OOW), wet van 24 december 1997, Stb. 1997, 768. Zie hieromtrent met name B.B.B. Lanting, a.w. (noot 2), p. 1. en B.B.B. Lanting, 'Sociale Zekerheid', in: E. Verhulp (red.), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-202.

67. Rop-akkoord 7 juni 2006.

68. Zie hieromtrent nader S. Kuiper & B.B.B. Lanting, 'De 35-minner in de min of de plus?', TAR 2010, 10, p. 471-479.

a. zolang hij ongeschikt tot werken is wegens ziekte, maar niet langer dan een tijdvak van 52 weken, recht op doorbetaling van zijn laatstelijk genoten bezoldiging vermeerderd met de vakantie-uitkering en de eindejaarsuitkering;

b. zolang hij na afloop van het tijdvak, bedoeld in onderdeel a, nog ongeschikt is tot het verrichten van arbeid wegens ziekte, gedurende maximaal 26 weken recht op doorbetaling van 70% van zijn laatstelijk genoten bezoldiging vermeerderd met de vakantie-uitkering en de eindejaarsuitkering.

2. De gewezen ambtenaar die binnen een maand na het tijdstip van zijn ontslag wegens ziekte ongeschikt wordt een naar aard en omvang soortgelijke functie te vervullen, heeft, zolang hij ongeschikt is tot werken wegens ziekte, gedurende maximaal 52 weken recht op doorbetaling van zijn laatstelijk genoten bezoldiging indien hij gedurende ten minste twee maanden onmiddellijk aan het ontslag voorafgaande in dienst is geweest.'

Deze bepaling geeft (kortweg) aan dat een ambtenaar die ten tijde van zijn ontslag of kort daarna arbeidsongeschikt raakt, recht houdt op doorbetaling van zijn volledige bezoldiging. Opvallend is dat hierbij de reden van het ontslag geen rol speelt. Ook bij een terecht gegeven disciplinair strafontslag bestaat dit recht, hoewel in dat geval ongetwijfeld sprake zou zijn geweest van een verwijtbare werkloosheid zonder werkloosheidsuitkering. Hoewel deze bepaling nog dateert van voor de OOW-operatie, is deze nog steeds in diverse rechtspositiereglementen opgenomen. Deze bepaling is ook van groot belang bij het treffen van ontslagregelingen.

Als tweede voorbeeld kan worden gewezen op de binnen sommige sectoren bestaande mogelijkheid om een 'commissie van drie geneeskundigen' te laten instellen (zie bijvoorbeeld de artikelen 36b tot en met 36d ARAR). Een ambtenaar die een geschil heeft omtrent de vraag of hij arbeidsongeschikt is en/of een passende functie heeft aangeboden gekregen, kan zich overeenkomstig het bepaalde in de SUWI-wetgeving wenden tot het UWV, teneinde een 'second opinion' te krijgen. Deze mogelijkheid staat los van zijn recht om bezwaar tegen een besluit van zijn werkgever hieromtrent te maken. Daarnaast bestaat binnen sommige sectoren ook de mogelijkheid om de eerder genoemde commissie te laten instellen. Deze commissie moet dan een oordeel geven over de vraag of de ambtenaar arbeidsongeschikt is c.q. aan hem een passende functie is aangeboden. Een van de commissieleden wordt op voordracht van de ambtenaar benoemd, als gevolg waarvan deze commissie doorgaans goed geïnformeerd zal zijn en het vertrouwen van de ambtenaar zal hebben. Een aantal reglementen geeft voorts aan dat gedurende deze procedure de bezoldiging normaal wordt doorbetaald, dit in tegenstelling tot bij de aanvraag van een 'second opinion'.

Tot slot wordt erop gewezen dat het pensioenreglement van de Stichting Pensioenfonds ABP voorziet in arbeidsongeschiktheidspensioen. Dit pensioen voorziet tijdens een WIA-periode in een aanvullende uitkering, indien de oorspronkelijke bezoldiging van de ambtenaar hoger lag dan het maximumdagloon.

2.6.5 Aansprakelijkheid bij ongevallen en beroepsziekten

In het geval van een ongeval tijdens het werk of een beroepsziekte bestaan er voor de ambtenaar drie manieren om de overheidswerkgever voor zijn daardoor geleden schade aansprakelijk te stellen, te weten:

1. via de rechtspositionele weg;
2. via de civiele aansprakelijkheid naar analogie van artikel 7:658 BW;
3. via het goed werkgeverschap ex artikel 125ter AW.

Ad 1

Zoals gebruikelijk binnen het ambtenarenrecht moet eerst in het toepasselijke reglement worden nagegaan of er een mogelijkheid bestaat voor de ambtenaar om de door hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade op zijn overheidswerkgever te verhalen. De reglementen kennen hiervoor doorgaans de regeling van 'het dienstongeval'.⁶⁹ Voorts kent menig reglement (maar niet ieder reglement) de regeling van de beroepsziekte⁷⁰ en het beroepsincident.⁷¹ Deze laatste twee categorieën zijn aan te merken als bijzondere vormen van het dienstongeval. Het reglement bepaalt vervolgens ook welke schade wordt vergoed bij het bestaan van een dienstongeval. Hierbij valt te denken aan de volledige loondoorbetaling tijdens de arbeidsongeschiktheid, een overlijdensuitkering en/of het vergoeden van de noodzakelijk gemaakte medische kosten.

In het algemeen kan ieder ongeval dat een ambtenaar overkomt tijdens het verrichten van zijn arbeid als dienstongeval worden aangemerkt. Het betreft hier een risicoaansprakelijkheid van de overheidswerkgever. Daarbij moet het wel gaan om een ongeval dat de ambtenaar is overkomen ten gevolge van de hem opgedragen werkzaamheden (primair terug te vinden in de functiebeschrijving) en waarbij de ambtenaar geen schuld of onvoorzichtigheid kan worden verweten. Derhalve is in principe causaliteit voldoende om als dienstongeval te worden aangemerkt. In het verleden is hierover veelvuldig geprocedeerd. Deze jurisprudentie is nogal casuïstisch van aard. Zo wordt aangenomen dat een bode bij een rechtbank dienstverlenend is, zodat bij een val van een trap bij het verwisselen van een lamp sprake is van een dienstongeval.⁷² Het criterium voor het aannemen van aansprakelijkheid is daarbij gelegen in het bestaan van een verhoogd risico op het ongeval ten gevolge van het uitoefenen van de functie.⁷³ Hier valt een ongeval tijdens de dienst in beginsel wel onder,⁷⁴ maar tijdens woon-werkverkeer niet.⁷⁵ Een val van een agente bij de waterpolitie bij het uitstappen uit de patrouilleboot, waarbij zij te-

69. Zie artikel 35e ARAR en artikel 7:5 CAR/UWO.

70. Artikel 35d ARAR en artikel 7:5 CAR UWO.

71. Artikel 35f ARAR.

72. CRvB 18 januari 1996, TAR 1996, 66.

73. CRvB 25 april 2007, LJN: BA5292.

74. CRvB 18 februari 2010, LJN: BL6272. Zie ook CRvB 22 augustus 2002, LJN: AE7111 en CRvB 8 mei 2002, LJN: BH2584 i.v.m. teambuilding.

75. CRvB 15 april 2004, LJN: AO8360.

rechtkomt op een bus pepperspray valt er evenmin onder.⁷⁶ Wanneer een ervaren agent bij het 'abseilen' niet de procedures in acht neemt en hem daardoor een ongeval overkomt, is voorts ook geen sprake van een dienstongeval, omdat de agent dan eigen schuld heeft.⁷⁷

De beroepsziekte vormt een *lex specialis* van het dienstongeval en ziet op onder meer asbest, RSI en doofheid. Ook wordt onder meer het bestaan van een beroepsziekte aangenomen bij de ziekte van Lyme.⁷⁸ Ook het beroepsincident is een species van het dienstongeval en doet zich voor bij een gevaarzettende situatie die samenhangt met de taak die de ambtenaar moet uitvoeren. Daarbij valt te denken aan de politieagent die bij een schietpartij gewond raakt of een militair die op een berm bom rijdt tijdens een missie. Wanneer van een beroepsziekte of beroepsincident sprake is, bepaalt het reglement dat alle schade die wordt geleden, wordt vergoed. Er bestaat in dat geval in principe geen reden om een beroep te doen op de hierna te behandelen overige aansprakelijkheidsgronden.

Ad 2

Indien de overheidswerkgever ter zake van het ontstaan van de schade een verwijt kan worden gemaakt, kan de ambtenaar ook kiezen voor een beroep op onrechtmatige overheidsdaad. Hij kan dit doen door het indienen van een vordering tot schadevergoeding middels een civiele dagvaardingsprocedure. Hij kan echter ook de weg bewandelen van het zogenoemde 'zuiver schadebesluit'. In de laatste situatie wordt de procedurele route die de Awb hier geeft, doorlopen. Het is aan de ambtenaar om te kiezen tussen de civiele of bestuursrechtelijke weg.

In 2000 is gebleken dat de door de CRvB toegepaste zorgvuldigheidsnorm formeel gelijk is aan die van artikel 7:658 BW.⁷⁹ Deze norm luidt volgens de CRvB namelijk als volgt:

'Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoon dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoon dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.'

Een beroep op deze norm lijkt aangewezen indien de overheidswerkgever ter zake zijn zorgplicht heeft geschonden en de ambtenaar weliswaar schuld heeft aan zijn ongeval, maar geen sprake is van bewuste roekeloosheid. Ook zal een beroep op

76. CRvB 25 april 2007, TAR 2007, 122.

77. CRvB 2 oktober 2003, TAR 2004, 25.

78. CRvB 29 oktober 2009, LJN: BK0705.

79. CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, 112.

deze aansprakelijkheidsnorm kunnen worden gedaan als een deel van de schade (bijvoorbeeld toekomstschade) via de reglementaire wijze onvergoed blijft. Hoewel deze zorgvuldigheids- en aansprakelijkheidsnorm thans ook in de ambtenarenrechtspraak wordt toegepast, is het opvallend dat het, in tegenstelling tot het civiele arbeidsrecht, niet vaak voorkomt dat een overheidswerkgever op basis daarvan aansprakelijk wordt geacht.⁸⁰ De reden hiervoor is met name gelegen in het feit dat ambtenaren er (wellicht uit gewoonte en uit kostenoverwegingen) doorgaans voor kiezen te procederen via de bestuursrechtelijke weg. De rechter zal het uitgelokte zuivere schadebesluit dan ook langs de bestuursrechtelijke weg toetsen. Dat betekent onder meer dat hij zal kijken of het besluit om geen aansprakelijkheid aan te nemen zorgvuldig en gemotiveerd tot stand is gekomen. Dit vormt toch een andere toetsingsmaatstaf dan de bewijslastverdeling zoals die binnen een civiele procedure geldt.

Ad 3

De reglementen kennen voorts veelal een discretionaire bevoegdheid voor de overheidswerkgever om schade te vergoeden. Zo bepaalt artikel 47 ARAR dat een vergoeding van noodzakelijk gemaakte medische kosten in bijzondere gevallen bij gebreke aan andere verhaalsmogelijkheden redelijkerwijs kunnen worden voldaan. Voorts geeft artikel 69 ARAR aan dat een betrokkene naar billijkheid schadeloos kan worden gesteld. De uitoefening van deze discretionaire bevoegdheden kan door de rechter slechts marginaal worden getoetst. De CRvB heeft in 2000 voorts aangegeven dat de vraag welk recht op schadevergoeding voor een ambtenaar uit zijn dienstbetrekking voortvloeit, volgens diens vaste rechtspraak niet mag worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van de regels van burgerlijk recht.⁸¹ Inmiddels kennen we echter de verankering van het goed overheidswerkgeverschap in artikel 125ter AW. Wellicht dat dit tot nieuwe inzichten gaat leiden.

2.6.6 Privatisering en deprivatisering

Hiervoor is al aangegeven dat het afstoten van werkzaamheden door overheidsorganen aan de orde van de dag is. Al was het maar om het totale aantal ambtenaren terug te brengen. Hiertoe kennen de reglementen het privatiseringsontslag. Een ambtenaar die hierbij betrokken is, wordt op deze ontslaggrond uit het ambtelijk dienstverband gezet, waarbij hij doorgaans gelijktijdig een aanbieding ontvangt om bij de overnemende partij in dienst te treden. De condities waaronder dit ge-

80. Aansprakelijkheid werd onder meer aangenomen bij tekortschietende instructies bij spel op sportdag (CRvB 11 december 2003, LJN: AO1745), inadequate veiligheidsmaatregelen voor vuilnismannen bij sneeuw en ijzel (CRvB 25 augustus 2005, LJN: AU1929), niet adequaat optreden bij pesten en mobbing (CRvB 23 maart 2006, LJN: AX1651), mesothelioom ten gevolge van blootstelling aan asbest (CRvB 26 juni 2007, LJN: BA8436) en oefening zonder mat (CRvB 18 februari 2010, LJN: BL6276).

81. CRvB 25 oktober 2001, TAR 2002, 21. Zie hieromtrent ook: W.H. Janssen & A.J.F.A. Verhoeven, 'Rechten en plichten van de ambtenaar', in: P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus (red.), *Reeks integraal ambtenarenrecht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2008, p. 88-93.

beurt, zijn doorgaans neergelegd in het zogenoemd 'sociaal statuut' dat binnen het georganiseerd overleg met de vakbonden is afgesproken. De ondernemingsraad beschikt ter zake van (de personele gevolgen van) het voorgenomen besluit tot overdracht van de onderneming (of onderdeel daarvan) voorts over een adviesrecht op grond van artikel 25 WOR.

Eventueel kan er ook voor worden gekozen de werknemers geen privatiseringsontslag te geven. Zij blijven dan in dienst bij de overheidswerkgever en worden 'herplaatsingskandidaat'. Een andere optie is dat de overheidswerkgever de betrokken ambtenaren detacheert bij de ontvangende partij.⁸²

Voor de goede orde zij erop gewezen dat de Europese regeling van overgang van onderneming in principe niet van toepassing is op een ambtenaar.⁸³ De CRvB heeft dit bevestigd en daarbij overwogen:

*'4.3. Het onder 3.1 weergegeven betoog kan niet leiden tot het ermee beoogde doel. Het betoog ziet er immers aan voorbij dat het toepassingsbereik van de richtlijn is beperkt tot de overgang van een economische eenheid, onderscheidenlijk een eenheid die een economische activiteit uitoefent. De Raad verwijst kortheidshalve naar HvJ EG 14-9-2000 (punt 30) en HvJ EG 15 december 2005 (punten 29 tot en met 33). In eerst genoemd arrest (punt 30) heeft het Hof bovendien uitdrukkelijk overwogen dat de reorganisatie van de structuur van openbare lichamen of de overgang van bestuurstaken tussen openbare lichamen, geen overgang vormt van ondernemingen in de zin van de richtlijn. In die gevallen heeft de overdracht immers betrekking op activiteiten die tot de uitoefening van het openbaar gezag behoren, aldus het Hof.'*⁸⁴

Van een andere orde is de vraag of de Europese regeling van overgang van onderneming van toepassing is op de spiegelbeeldige situatie: de private onderneming waarbinnen een werknemer werkzaam is wordt overgenomen door een overheidsorgaan.⁸⁵ Dit wordt ook wel de- of zelfs reprivatisering genoemd. Het Europees Hof van Justitie heeft deze vraag in het verleden bevestigend beantwoord.⁸⁶ Vervolgens is het de vraag hoe de rechtspositie van de overgenomen werknemers er na de overgang uitziet. Dit aspect is nog onduidelijk. Enerzijds behouden zij hun oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden, maar anderzijds is er geen sprake meer van arbeidsovereenkomsten. Aanstellingsbesluiten zijn er echter ook niet en die beslui-

82. De Centrale Raad van Beroep accepteerde aanvankelijk niet een langdurige detachering, zie CRvB 21 december 1994, TAR 1995, 63. Deze visie is echter herzien, zie CRvB 20 februari 2001, JAR 2001, 156.

83. Hof van Justitie EG 14 september 2000, JAR 2000, 225 (Collino-Telecom Italia). Zie hieromtrent ook R.M. Beltzer, 'Privatisering, deprivatisering en permanente detachering', in: E. Verhulp (red.), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 95-109 en P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, a.w. (noot 2), p. 1.

84. CRvB 19 november 2010, TAR 2010, 46. Zie hieromtrent ook R.M. Beltzer, 'De geloste ambtenaar mist de bus', *Arbeidsrecht* 2000, nr. 12 en T. van Peijpe, Annotatie bij HvJ EG 14 september 2000, SMA 2001, p. 62-66.

85. Zie hieromtrent ook M.P. Nieuwe Weme, 'De toepasselijkheid van de art. 7:662-666 BW bij deprivatisering', SR 1998-3, p. 93-94.

86. Hof van Justitie EG 26 september 2000, JAR 2000, 239 (Vivre-a-Metz).

ten kunnen bovendien uitsluitend de arbeidsvoorwaarden uit het toepasselijke rechtspositiereglement toepassen. Het Nederlandse ambtenarenrecht lijkt op dit punt dus in strijd te zijn met de Europese richtlijn.

2.6.7 Disciplinaire maatregelen en ontslag

De aanstelling kan dan op diverse wijzen eindigen, zoals door tijdsverloop, intrekking van het aanstellingsbesluit of door een ontslagbesluit.⁸⁷ Het ambtenarenrecht kent een gesloten stelsel van ontslaggronden. Ten gevolge daarvan kunnen ambtenaren alleen worden ontslagen om een reden die bij de in het toepasselijke reglement opgesomde ontslaggronden staat vermeld. Het ambtenarenrecht kent tevens een gesloten systeem van de in het geval van plichtsverzuim op te leggen disciplinaire maatregelen. In deze paragraaf zal achtereenvolgend worden stilgestaan bij:

1. disciplinaire maatregelen en oneervol ontslag;
2. eervol ontslag.

Ad 1

Een ambtenaar is gehouden zich aan de interne en externe regels te houden. Wanneer hij deze overtreedt, kan dit leiden tot een disciplinaire maatregel. Welke dat is, is voorbehouden aan de overheidswerkgever. Daarbij is deze gebonden aan de mogelijkheden die het desbetreffende reglement kent.⁸⁸ Zo is het ontslag op staande voet binnen het ambtenarenrecht onbekend. Er kan dan worden gekozen tussen een disciplinair strafontslag (oneervol) en een ongeschiktheidsontslag voor de functie (eervol). Iedere ontslaggrond kent zijn eigen afwegingskader.

Bij het opleggen van een disciplinaire sanctie zal de overheidswerkgever de bepalingen van de Awb in acht moeten nemen, waaronder de zorgvuldigheidsvereisten (inclusief hoorplicht). Tijdens het naleven van deze zorgvuldigheidsvereisten (zoals het verrichten van onderzoek en het horen van de betrokken ambtenaar) kan er de noodzaak bestaan een ambtenaar te schorsen. Deze mogelijkheid wordt door de reglementen geboden, al dan niet met behoud van bezoldiging. Het toe te passen criterium luidt:⁸⁹

'Naar vaste jurisprudentie vindt een bestuursorgaan in een hem bekend geworden concrete verdenking van ernstig plichtsverzuim van een ambtenaar waardoor aan diens integriteit moet worden getwijfeld en waardoor het noodzakelijk in de ambtenaar te stellen vertrouwen dermate is geschaad dat het niet aanvaardbaar is dat hij zijn werkzaamheden blijft verrichten, in het algemeen voldoende grond voor het treffen van een ordemaatregel.'

87. Het is opvallend dat menig rechtspositiereglement de dood van de ambtenaar niet aanmerkt als een verbreking van de aanstelling. Wel eindigt dan de bezoldigingsplicht.

88. Zie onder meer artikel 80-84 ARAR en artikel 16:1-1-16:1-5 CAR/UWO.

89. CRvB 19 oktober 2000, TAR 2000, 158.

Gedurende het onderzoek beschikt de ambtenaar over zijn zwijgrecht. Hij hoeft niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken (artikel 6 EVRM). Echter, de weigering om mee te werken mag volgens de CRvB wel worden meegenomen bij de besluitvorming. Illustratief hiervoor is de politiemans in wiens huis in het kader van een strafrechtelijk onderzoek € 300.000 werd aangetroffen (zie par. 2.6.2). Zijn weigering om jegens zijn werkgever opheldering te verschaffen over de herkomst van het geld, mocht – mede gezien zijn functie als politieagent – worden uitgelegd als een reden tot ernstige twijfel aan diens integriteit en betrouwbaarheid. Doordat hij ervoor koos de twijfels niet weg te nemen, was sprake van ernstig plichtsverzuim dat kon leiden tot een strafontslag.⁹⁰

Of sprake is van plichtsverzuim – een vereiste voor een disciplinaire maatregel – moet aan de hand van alle feiten en omstandigheden worden bepaald. Het bestuursorgaan kan ervoor kiezen om deze discretionaire bevoegdheid door middel van beleidsregels en integriteitsregelgeving in te kleuren. Plichtsverzuim kan vallen binnen de dagelijkse werksfeer (zoals het negeren van interne voorschriften⁹¹), maar doet zich ook voor in geval van corruptie⁹² en functiemisbruik. Ook kan plichtsverzuim zich in de privésituatie voordoen. Dit geldt in het bijzonder indien het gedrag in privé het imago van de functie die de ambtenaar uitoefent en/of van de overheid schaadt. Te denken valt daarbij aan een politieagent bij wie dit al snel het geval zal zijn, maar ook kan worden gedacht aan de belastinginspecteur die een onjuiste belastingaangifte voor zijn echtgenote invult⁹³ of aan de medewerker die bij een gemeente belast is met het opruimen van hennepplantages, terwijl hij er zelf ook zo'n plantage op na houdt.⁹⁴

De meeste reglementen bieden vervolgens de volgende disciplinaire straffen die al dan niet voorwaardelijk kunnen worden opgelegd:

- schriftelijke berisping;
- arbeid verrichten buiten de voor hem geldende werktijd;
- vermindering van vakantie;
- geldboeten;
- inhouding salaris;
- geen periodiek;
- vermindering van salaris;
- plaatsing in een andere betrekking;
- schorsing als disciplinaire straf;
- strafontslag.

90. CRvB 24 april 2003, TAR 2003, 143.

91. CRvB 26 augustus 2010, LJN: BN6935.

92. CRvB 30 november 2006, LJN: AZ5091.

93. CRvB 31 juli 2008, TAR 2009, 40.

94. CRvB 28 september 2006, TAR 2007, 7.

Het bestuursorgaan kan kiezen welke disciplinaire maatregel hij oplegt, zij het dat de op te leggen disciplinaire sanctie wel de evenredigheidstoets moet kunnen doorstaan (artikel 3:4 lid 2 Awb). Heeft de sanctie een voorwaardelijk karakter, dan treedt deze in werking zodra aan de voorwaarde is voldaan. Eventueel bezwaar en beroep kunnen dan nog slechts worden ingesteld tegen vaststelling dat aan de voorwaarde is voldaan en niet tegen de strafoplegging sec.⁹⁵

Ad 2

In plaats van een strafontslag kan ook eervol ontslag worden gegeven. Eervol ontslag doet zich onder meer voor bij ontslag op eigen verzoek. Dit betreft een specifieke ontslaggrond waarbij de ambtenaar verzoekt om ontslagen te worden. Deze ontslaggrond komt voor in ieder reglement. Doorgaans is de werkgever verplicht dit ontslag te verlenen. Het reglement kan echter uitzonderingen hierop geven, waarbij te denken valt aan de situatie waarin er een strafrechtelijke vervolging wegens een misdrijf is ingesteld of een disciplinair strafontslag wordt overwogen.⁹⁶ Daarnaast blijkt uit de rechtspraak dat van een ambtenaar mag worden verwacht dat sprake is van een deugdelijke wilsverklaring.⁹⁷ Eventueel kan de ambtenaar tegen de afwijzing van zijn ontslagverzoek bezwaar aantekenen.⁹⁸ Naast het ontslag op eigen verzoek zijn er voorts nog andere ontslaggronden die kunnen leiden tot een eervol ontslag. Deze kunnen per sector c.q. reglement verschillen. Ter illustratie volgt hierna een overzicht van ontslaggronden in de ARAR en het CAR/UWO.

95. L.W.H. van den Berg e.a., a.w. (noot 13), p. 5.

96. Zie artikel 94 lid 3 ARAR.

97. Vergelijk CRvB 24 juli 2008, LJN: BD9254.

98. Wanneer de bezwaartermijn is verlopen, kan worden gedacht aan een verzoek tot herziening, zie CRvB 9 juli 1986, TAR 1987, 216.

Tabel 2.2 Overzicht ontslaggronden in de ARAR en het CAR/UWO

	ARAR	CAR/UWO
ontslag op aanvraag	artikel 94	artikel 8:1
ontslag wegens ouderdomspensioen	artikel 98	artikel 8:2
ontslag op aanvraag i.v.m. Flexibel Pensioen Uittreden (FPU)	artikel 94a	artikel 8:11
ontslag wegens weigering medewerking re-integratie		artikel 8:5a
reorganisatieontslag	artikel 96	artikel 8:4
ontslag na verplaatsing functie	artikel 96a	
ontslag wegens niet kunnen herstellen in actieve dienst na vervulling functie in een publiekrechtelijk college	artikel 96b	artikel 8:9
ontslag wegens benoeming tot minister of staatssecretaris	artikel 96c	
functioneel leeftijdsontslag	artikel 97	vervallen
ontslag wegens verlies vereiste voor de benoembaarheid	artikel 98 A	artikel 8:7 sub a
ontslag wegens verboden zwangerschap ⁹⁹	artikel 98 B	artikel 8:7 sub b
ontslag wegens ondercuratelestelling	artikel 98 C	artikel 8:7 sub c
ontslag wegens lijfswang wegens schulden	artikel 98 D	artikel 8:7 sub d
ontslag wegens veroordeling tot vrijheidsstraf	artikel 98 E	artikel 8:7 sub e
ontslag wegens ongeschiktheid wegens ziekte	artikel 98 F	artikel 8:5
ontslag wegens onbekwaamheid/ongeschiktheid anders dan wegens ziekte	artikel 98 G	artikel 8:6
ontslag wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd	artikel 98 H	artikel 8:2
ontslag wegens verstrekken van onjuiste inlichtingen bij indiensttreding en/of keuring	artikel 98 I	artikel 8:7 sub f
ontslag wegens aanvaarding niet-passende functie tijdens uitkering	artikel 98	
ontslag wegens andere gronden	artikel 99	artikel 8:8
ontslag wegens plichtsverzuim	artikel 80	artikel 8:13
herplaatsingskandidaat	artikel 49 L	artikel 8:4

Iedere ontslaggrond kent zijn eigen merites waaraan moet worden voldaan. Daarbij geldt dat het bestuursorgaan de gekozen ontslaggrond deugdelijk zal moeten onderbouwen. Dit geldt in het bijzonder ook wanneer sprake is van ontslag wegens ongeschiktheid voor de functie. De ongeschiktheid zal dan ook daadwerkelijk moeten worden aangetoond, bijvoorbeeld door middel van formeel opgestelde beoordelingen.¹⁰⁰ Bovendien moet de ambtenaar doorgaans op zijn functioneren zijn aangesproken en daarbij een verbetertraject moeten hebben doorlopen. Voorts moet er in het kader van het ontslag worden gekeken of er herplaatsingsmogelijkheden bestaan.

Een bijzondere ontslaggrond vormt 'het ontslag op andere gronden'. Deze open ontslaggrond ziet onder meer op de situatie waarbij partijen niet meer met elkaar door een deur kunnen ('incomptabilité d'humeur'). Het bijzondere aan deze ontslaggrond is dat het de enige is waarbij aan de ambtenaar een ontslagvergoeding

99. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat ongewenste familierelaties ontstaan tussen bestuur en ambtenaar.

100. CRvB 15 maart 2007, 05/4173 AW (niet gepubliceerd): Een draagvlakonderzoek is hiertoe onvolgende, zeker wanneer dit ook nog anoniem gebeurt.

kan worden meegegeven. Er bestaat geen regeling in het ambtenarenrecht die vergelijkbaar is met de kennelijk onredelijke opzegging. Bij de bepaling van de hoogte van dit bedrag moeten alle relevante feiten en omstandigheden in acht worden genomen, waaronder de schuldvraag en de duur van het dienstverband.¹⁰¹ Volgens vaste rechtspraak wordt daarbij niet aangesloten bij de kantonrechttersformule.¹⁰² De omvang van de te treffen regeling moet ten minste gelijkwaardig zijn aan het totaal van de rechtspositionele regelingen.¹⁰³ De bestuursrechter die in een procedure wordt verzocht de door het bestuursorgaan toegezegde afvloeiingsregeling te toetsen, zal dit doen op een bestuursrechtelijke manier. Er zal dus geen volledige inhoudelijke toetsing van de afvloeiingsregeling plaatsvinden.

Tot slot moet de impact van de politieke context van het ontslag niet worden onderschat. Het treffen van een afvloeiingsregeling – hoe juridisch juist ook – kan leiden tot een politiek gevoelige situatie. Dit geldt in het bijzonder wanneer in het kader van ontslag op andere gronden aan een (slecht functionerende) ambtenaar geld wordt meegegeven. Bovendien gelden er vaak interne richtlijnen die het treffen van een ontslagregeling bemoeilijken. Zo is het binnen de sector politie alleen toegestaan een ontslag op anderen gronden te verstrekken na verkregen toestemming van de minister. Voorts is het mogelijk dat een getroffen afvloeiingsregeling via een WOB-procedure in de openbaarheid komt. Er wordt dan ook regelmatig gezocht naar creatieve oplossingen. Dit vergt nogal wat denkvermogen, waarbij ook rekening moet worden gehouden met aanvullende regelingen die gelden, zoals integriteitsregelgeving. Het is bijvoorbeeld binnen ministeries doorgaans niet toegestaan om een ontslagen ambtenaar na zijn vertrek weer als externe kracht in te (laten) huren.¹⁰⁴

2.7 SOCIALE ZEKERHEID

Als gevolg van de zogenoemde OOW-operatie vallen sinds 1998 ook ambtenaren onder de werknemersverzekeringen.¹⁰⁵ Ambtenaren vallen sinds die tijd dus ook onder de Werkloosheidswet (WW). Voor die tijd werd het risico van werkloosheid ondervangen door middel van zogenoemde wachtgeldregelingen. Deze vormden een onderdeel van het toepasselijke ambtenarenreglement. Bij de introductie van de werknemersverzekeringen binnen de wereld van het ambtenarenrecht, zijn ter aanvulling op de werknemersverzekeringen bovenwettelijke uitkeringsregelingen

101. Zie bijvoorbeeld CRvB 11 januari 2007, LJN: BD8295.

102. Zie CRvB 9 december 2004, TAR 2005, 34 en CRvB 22 februari 2007, LJN: BA0551. Zie artikel M.C.J. van den Brekel, 'Ontslagvergoeding ambtenaar: het beste van twee werelden', TAR 2011-2, p. 59-66.

103. Zie onder meer CRvB 10 juli 1998, LJN: BD8047.

104. Zie voor de praktische aspecten van het ambtenarenontslag onder meer J. van Drongelen, I. van Pas, P. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, *Ontslagprocedures in de publieke sector*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 137-146.

105. Zie hieromtrent met name B.B.B. Lanting, a.w. (noot 2), p. 1 en B.B.B. Lanting, a.w. (noot 66), p. 14.

getroffen. Deze regelingen zijn te vinden in het rechtspositiereglement. In deze paragraaf zullen de werknemersverzekeringen niet inhoudelijk worden besproken. Daarvoor wordt verwezen naar de reguliere literatuur hieromtrent.¹⁰⁶ Wel zal een aantal ambtenaarspecifieke aspecten worden besproken, zoals die zich met name voordoen in het kader van werkloosheid.¹⁰⁷

Allereerst is van belang dat de overheidswerkgever wordt aangemerkt als een eigenrisicodragers.¹⁰⁸ Dit betekent dat wanneer een (gewezen) ambtenaar een uitkering aanvraagt bij het UWV en deze aanvraag door het UWV wordt toegewezen, de op grond daarvan door het UWV aan de ambtenaar uitbetaalde uitkeringen door middel van een nota bij de (voormalige) overheidswerkgever in rekening worden gebracht. Dit kan voor deze overheidswerkgever een kostbare aangelegenheid worden. Om die reden wordt de overheidswerkgever aangemerkt als belanghebbende, hetgeen betekent dat hij de mogelijkheid heeft om tegen de toekenning van de uitkering bezwaar en beroep aan te tekenen.¹⁰⁹

Voorts ontstaat binnen het ambtenarenrecht een probleem bij de toepassing van de zogenoemde verwijtbare werkloosheidstoets, zoals opgenomen in artikel 24 lid 2 WW. We zien dat daar onder meer wordt bepaald dat een werknemer verwijtbaar werkloos is geworden wanneer:

- de dienstbetrekking is beëindigd door of op verzoek van de werknemer zonder dat aan de voortzetting ervan zodanige bezwaren waren verbonden, dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem kon worden geveerd, of
- aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 678 van Boek 7 BW en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt.

Deze toetsingsnorm kan binnen het ambtenarenrecht tot problemen leiden bij het ontslag op eigen verzoek. Ambtenaren die bij een arbeidsconflict verzoeken om (eervol) ontslag op eigen verzoek – bijvoorbeeld tijdens een schorsing waarbij wordt onderzocht of een disciplinair ontslag moet worden gegeven – zal dit verzoek sneller worden geweigerd, ter voorkoming van een recht op een werkloosheidsuitkering.

Het ontslag op staande voet is voorts onbekend binnen het ambtenarenrecht. Tijdens de wetsgeschiedenis heeft de minister aangegeven dat de tekst ook geldt voor de werkloze overheidswerknemer:

106. Zie bijvoorbeeld F.J.L. Pennings & A.C. Damsteegt, *De werkloosheidwet*, Deventer: Kluwer 2009 en A.G. Haverkamp e.a., 'WW en ontslag', in: P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus (red.), *Reeks Integraal Ambtenarenrecht, deel 3*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2010, alsmede J. van Drongelen e.a., a.w. (noot 104), p. 21.

107. Voor de situatie tijdens arbeidsongeschiktheid zij verwezen naar paragraaf 2.6.4.

108. Zie artikel 72A en 97B WW jo. Wet financiering sociale verzekering.

109. Rb. Roermond 7 januari 2004, USZ 2004, 134.

'(...) die zich jegens zijn werkgever op zodanige wijze heeft misdragen dat een ontslag op staande voet in de rede zou liggen, indien het BW van toepassing zou zijn.'¹¹⁰

Dit brengt met zich mee dat bij het beoordelen of sprake is van een verwijtbare werkloosheid het ambtenaarrechtelijke ontslag langs 'de lat van het ontslag op staande voet' moet worden gelegd. Er vindt dus een materiële toetsing plaats. Daarbij kan worden gedacht aan een disciplinair ontslag, maar ook aan een ongeschiktheidsontslag voor de functie. Het disciplinair strafontslag kent bijvoorbeeld niet de eis dat sprake moet zijn van een objectieve en subjectieve dringende reden. Met name in bijvoorbeeld integriteitskwesaties kunnen we constateren dat aldaar een strafontslag in meer gevallen wordt gegeven dan een ontslag op staande voet mogelijk zou zijn geweest. De rechtspraak heeft inmiddels in het verlengde van de wetsgeschiedenis aangegeven dat er een toets moet worden uitgevoerd overeenkomstig de norm van artikel 7:679 BW.¹¹¹

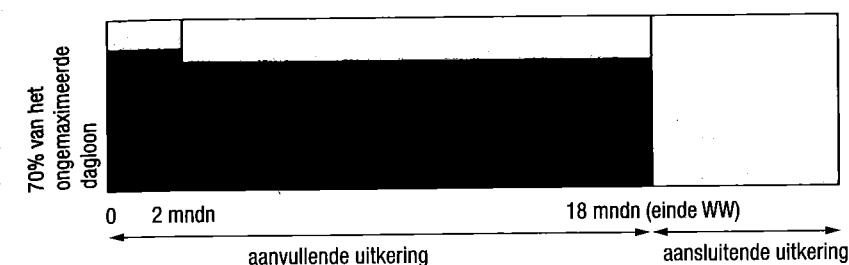
Daarnaast mogen ook niet de Beleidsregels toepassing artikel 24 en 27 WW van 26 september 2006 worden vergeten, waarin staat dat een recht op een werkloosheidsuitkering geldend kan worden gemaakt wanneer een werknemer gebruikmaakt van een vrijwillig vertrekregeling opgenomen in een sociaal plan. Het opnemen van een dergelijke regeling in een sociaal plan kan bij een overheidswerkgever dus een dure aangelegenheid worden.

Daarnaast kennen de rechtspositieregelingen ook nog eens de zogenoemde 'bovenwettelijke uitkeringsregelingen'. Deze verschillen per sector en de rechtsbasis hiervoor is te vinden in het toepasselijke reglement. Uit het reglement moet dan ook worden opgemaakt of een ambtenaar bij ontslag voor een dergelijke regeling in aanmerking komt (dat is niet bij iedere ontslaggrond het geval) en wat de hoogte en duur van de regeling is. Deze regelingen zijn overigens op dit moment aan ingrijpende veranderingen onderhevig. Illustratief is de regeling die voor de sector Rijk geldt, welke te vinden is in het Besluit bovenwettelijke uitkering werkloosheid rijksoverheid. Op basis van deze regeling dient de duur van de bovenwettelijke uitkering te worden berekend aan de hand van de leeftijd en de duur van de (aaneensluitende) diensttijd binnen de sector Rijk. De uitkering bestaat uit een aanvullende uitkering gedurende de periode dat de gewezen ambtenaar een WW-uitkering ontvangt. Deze uitkering bedraagt 70% van het ongemaximeerde dagloon. Wanneer de werkloosheid na afloop van de WW-uitkering onverminderd voortduurt, kan vervolgens sprake zijn van een aansluitende uitkering. Deze bedraagt eveneens 70% van het ongemaximeerde dagloon. De duur van deze totale bovenwettelijke uitkering kan oplopen tot meer dan tien jaren. Schematisch ziet dit er als volgt uit:

110. *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 370, nr. 20.

111. Zie hieromtrent onder meer CRvB 2 april 2010, *JIN* 2010, 595 m.nt. Jellinghaus en CRvB 15 oktober 2010, *USZ* 2010, 303 m.nt. Jellinghaus.

Figuur 2.1 Schematisch overzicht



Met ingang van 1 januari 2012 wordt deze regeling overigens gewijzigd. Een van de belangrijkste aanpassingen zal zijn dat de uitkeringsduur maximaal driemaal de duur van de werkloosheidsuitkering (dus negen jaar en zes maanden) kan bedragen.¹¹²

Binnen de sector gemeenten is voor een geheel andere systematiek gekozen. Sinds 1 juli 2008 geldt aldaar een systeem waarbij tijdens een 're-integratiefase' eerst wordt gezocht naar een andere werkbetrekking.¹¹³ Wanneer dit niet lukt, volgt ontslag, waarbij de ambtenaar recht heeft op een aanvullende uitkering. Tijdens deze uitkeringsduur worden twee fasen onderscheiden: het eerste jaar van de werkloosheid en de periode tot aan het einde van de WW-uitkering.¹¹⁴ De hoogte van de uitkering bedraagt een percentage van de vroeger ontvangen bezoldiging. Na afloop van deze periode kan de dan eventueel nog werkloze ambtenaar een 'na-wettelijke uitkering' ontvangen, die wordt berekend aan de hand van de 'oude kantonrechttersformule', waarbij, als de aaneengesloten duur van het dienstverband van de ambtenaar binnen de gemeentelijke sector in aanmerking wordt genomen, de correctiefactor nader wordt ingekleurd.¹¹⁵ Schematisch ziet dit er voor de sector gemeenten als volgt uit:

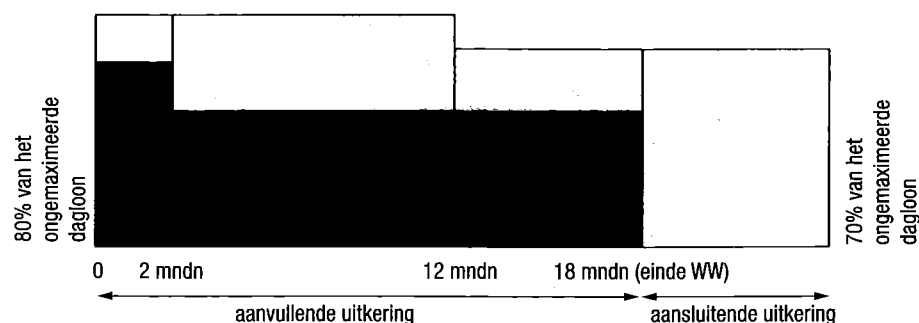
112. Dit is vastgelegd in het Onderhandelaarsakkoord 6 februari 2008 inzake Overeenkomst loopbaanondersteuning, arbeidsmarkt, aanpassing BWWW en sociaal flankerend beleid 2008-2012. Zie hieromtrent onder meer J. van Drongelen e.a., a.w. (noot 104), p. 21 en A.G. Haverkamp e.a., a.w. (noot 106), p. 320.

113. Zie artikel 10d:5 CAR/UWO.

114. Zie artikel 10d:11 CAR/UWO.

115. Onder de veertig wordt 1,4 gehanteerd, tot vijftig jaar 2 en boven de vijftig 3.

Figuur 2.2 Schematisch overzicht voor sector gemeenten



Veel regelingen kennen overigens de mogelijkheid om de overheidswerkgever te verzoeken de bovenwettelijke uitkering of een gedeelte daarvan af te kopen. Doorgaans wordt daarbij een percentage van ongeveer 30% gehanteerd. Strikt formeel beschouwd, is het echter niet mogelijk een recht op een werkloosheidsuitkering af te kopen. Wel kan in het kader van onderhandelingen worden afgesproken dat de ambtenaar geen werkloosheidsuitkering zal aanvragen. Alsdan kan feitelijk ook sprake zijn van een afkoop van rechten.

Geconcludeerd kan worden dat de kosten verbonden aan het ontslag van een ambtenaar ten gevolge van het eigenrisicodragerschap nogal kunnen oplopen. Daardoor kan het soms toch voordeliger zijn om een slecht functionerende ambtenaar toch maar aan het werk te houden.

2.8 COLLECTIEF AMBTENARENRECHT

Het collectieve ambtenarenrecht verschilt volledig van het civiele arbeidsrecht. Zo is de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) niet van toepassing, aangezien artikel 1 WCAO aangeeft dat deze alleen betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten. Voorts worden voor het overheidspersoneel (de sectoren politie en militairen in het bijzonder) vaak uitzonderingsposities in de verdragen gemaakt. Een goed voorbeeld hiervan vormt het ILO-verdrag nr. 98, betreffende het recht op organisatie en collectieve onderhandelingen.¹¹⁶ Ten gevolge daarvan heeft het collectieve ambtenarenrecht zich op geheel eigen wijze ontwikkeld.¹¹⁷ Daarbij diende ten aanzien van de overheid een tegenwicht te worden geboden. Immers, de rechtspositionele reglementen worden eenzijdig, binnen een politieke omgeving,

116. Aldaar bepaalt artikel 6 van deze conventie dat: 'This Convention does not deal with the position of public servants engaged in the administration of the State, nor shall it be construed as prejudicing their rights or status in any way.'

117. Zie ook P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, a.w. (noot 2), p. 1; L.C.J. Sprengers, 'Collectief overleg en conflict', in: E. Verhulp, *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 243-286.

door het overheidsorgaan vastgesteld. Dit tegenwicht werd gevormd door aan de vakorganisaties een belangrijke rol bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming toe te kennen. Deze rol komt onder meer tot uiting in het zogenoemde 'overeenstemmingsvereiste'.¹¹⁸ Dit vereiste houdt in dat rechtspositionele wijzigingen in principe alleen kunnen worden doorgevoerd wanneer daarover binnen een georganiseerd overleg van organisaties van overheidswerkgevers en vakbonden overeenstemming is bereikt. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de verschillende belanghebbenden binnen het collectieve ambtenarenrecht. In dat kader wordt aandacht besteed aan:

- de Raad voor het Overheidspersoneel (par. 2.8.1);
- het georganiseerd overleg (par. 2.8.2);
- het stakingsrecht (par. 2.8.3).

2.8.1 De Raad voor het Overheidspersoneel

Het landelijk overleg tussen de gezamenlijke overheidswerkgevers en de vakcentrales vindt plaats binnen de Raad voor het Overheidspersoneel (ROP).¹¹⁹ Dit centrale overlegorgaan is ingesteld op grond van het zogenoemde Besluit overleg.¹²⁰ Arbeidsvoorwaarden van overheidspersoneel komen dan ook niet ter sprake binnen de Sociaal-Economische Raad (SER).¹²¹ Het Besluit overleg regelt onder meer het overleg- en overeenstemmingsrecht. Deze overeenstemming dient te bestaan ten aanzien van collectieve arbeidsvoorwaarden van individuele ambtenaren. Deze overeenstemming hoeft echter niet te bestaan wanneer sprake is van een wetswijziging, een arbeidsvoorwaardelijke regeling analoog aan het burgerlijk arbeidsrecht of een implementatie van internationale verdragen. Van overeenstemming is sprake wanneer de helft of meer van het aantal stemmen binnen de (paritair samengestelde) Raad voor het voorstel is, met dien verstande dat in ieder geval de meerderheid van de centrales van het overheidspersoneel moet hebben ingestemd. Bij een conflict kan een uitspraak worden gevraagd van een advies- en arbitragecommissie. Het arbeidsvoorwaardenoverleg over ambtenaren vindt echter primair plaats binnen de zogenoemde sectoren. Alleen landelijke aangelegenheden worden binnen

118. Zie onder meer artikel 105 ARAR en artikel 12:2:1 CAR/UWO. Zie hieromtrent ook K.M. Becking, 'Grand Design': Een onderzoek naar processen van normalisering en decentralisering in de arbeidsverhoudingen voor overheidspersoneel in de periode 1990-2000 (publicatiereeks Overheid en Arbeid), Den Haag: Centrum voor Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel 2001.

119. Zie <http://rop.caop.nl/>. Zie voor een historische beschouwing rondom de ontwikkeling van het overlegrecht K.M. Becking, a.w. (noot 118), p. 11-32.

120. Besluit van 13 januari 1997, houdende regeling van het overleg met centrales van overheidspersoneel en sectorwerkgevers verenigd in de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid, alsmede wijziging van het Algemeen Rijksambtenarenreglement in verband met de formalisering van het Sectoroverleg rijkspersoneel, Stb. 1997, 31.

121. Zie artikel 2 Wet op de bedrijfsorganisatie.

het ROP besproken, zoals medezeggenschap¹²² en pensioenen (ABP). We kennen in Nederland de volgende sectoren:

- a. het sectoroverleg Rijk;
- b. het sectoroverleg Defensie;
- c. het sectoroverleg Onderwijspersoneel;
- d. het sectoroverleg Wetenschappelijk Onderwijs;
- e. het sectoroverleg Onderzoek en Wetenschapsbeleid;
- f. het sectoroverleg Hoger Beroepsonderwijs;
- g. het sectoroverleg Beroepsonderwijs en Volwasseneneducatie;
- h. het sectoroverleg Academische Ziekenhuizen;
- i. het sectoroverleg Politie;
- j. het sectoroverleg Rechterlijke Macht;
- k. het sectoroverleg Gemeenten;
- l. het sectoroverleg Provincies;
- m. het sectoroverleg Waterschappen.

Daarnaast vormen de overzeese gemeenten op de Caribische eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba) ook een aparte (kleine) sector (sectoroverleg BES). Iedere sector kent zijn eigen georganiseerde overleg waarbinnen de arbeidsvoorwaarden voor deze specifieke sector worden overeengekomen.

2.8.2 *Het georganiseerd overleg*

Binnen het sectoroverleg vindt het overleg plaats over de collectieve arbeidsvoorwaarden die binnen die sector zullen gelden. Dit leidt tot sectorale akkoorden, ook wel 'cao's' genoemd. Deze 'cao's' zijn echter qua status niet gelijk aan cao's die binnen de civiele sector gelden. De sectorale akkoorden kennen ook geen directe doorwerking. De bereikte overeenstemming zal telkens door de overheidswerkgevers moeten worden omgezet in publiekrechtelijke regelgeving. Dit kan bij de rijksoverheid in de vorm van een algemene maatregel van bestuur gebeuren (denk bijvoorbeeld aan het ARAR). Bij andere sectoren zal de omzetting moeten plaatsvinden door middel van verordeningen.¹²³ In de praktijk blijkt dat het bij deze 'vertaalslag' regelmatig fout gaat, omdat door overheidswerkgevers wordt vergeten afspraken om te zetten in eigen regelgeving. Het ligt dan op de weg van de sociale partners daar actie op te ondernemen. Het is voor een ambtenaar namelijk niet mogelijk om rechtstreeks een beroep op het akkoord te doen, aldus de CRvB.

122. Vergelijk artikel 46e lid 1 WOR.

123. Bijvoorbeeld de nieuwe rechtspositieregeling Gemeente Amsterdam of de Collectieve arbeidsvoorwaarden provincies die door de Provinciale Staten van Brabant zijn overgenomen, zie besluit 9 november 2010, *Provinciaalblad* 2010, 213.

*'De Raad stelt voorop dat individuele ambtenaren als appellant volgens vaste rechtspraak (CRvB 20 maart 2003, LJN AF6575 en TAR 2003, 119) rechtspositionele aanspraken niet (rechtstreeks) ontlenen aan een arbeidsvoorwaardenakkoord. Zij ontlenen die aanspraken aan de ter bepaling van hun rechtspositie vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en in dat kader gegeven beleidsregel alsook aan bevoegdijk gedane toezeggingen.'*¹²⁴

Wellicht dat tegenwoordig eventueel door de ambtenaar nog een beroep zou kunnen worden gedaan op het goed werkgeverschap ex artikel 125ter AW om zo – indirect – toch 'doorwerking' te bewerkstelligen.

Naast het sectoroverleg kent ieder reglement zijn eigen regeling rondom het bestaan van lokaal georganiseerd overleg en de positie daarvan. Als gevolg daarvan kent bijvoorbeeld iedere gemeente een eigen georganiseerd overleg. Binnen dit overleg kan worden bepaald dat van de bepalingen CAR-UWO wordt afgeweken en kunnen ook eigen, interne additionele arbeidsvoorwaardelijke afspraken worden gemaakt. Dit overleg kan ook een rol spelen bij reorganisaties. Bij geschillen kan worden teruggevallen op de advies- en arbitragecommissie die in de reglementen wordt genoemd.¹²⁵

2.8.3 *Het recht op collectieve actie*

In 1903 heeft de Nederlandse wetgever een stakingsverbod opgenomen voor overheids- en spoorwegpersoneel. Als gevolg van de ratificatie van het Europees Sociaal Handvest (ESH) kent Nederland inmiddels sinds 1980 een stakingsrecht. Bij de ratificatie is echter een voorbehoud gemaakt voor het overheidspersoneel. We hebben het dan in het bijzonder over de artikelen 6 en G ESH. Dit in afwachting van een stakingswet, die er tot op heden niet is gekomen. Aanvankelijk volgde de Hoge Raad dan ook dit stakingsverbod.¹²⁶ Echter, na de stakingsgolf in het najaar van 1983 werd het stakingsrecht in de (lagere) rechtspraak erkend.¹²⁷ Vervolgens heeft ook de Hoge Raad het bestaan van het stakingsrecht voor overheidspersoneel erkend. Allereerst gedeeltelijk in het welbekende NS-arrest,¹²⁸ maar ook expliciet in een arrest uit 1996, waarin de Hoge Raad het recht op het voeren van collectieve acties, waaronder het stakingsrecht, erkende.¹²⁹ Bij essentiële diensten moet volgens de Hoge Raad echter wel rekening worden gehouden met de inbreuk die wordt gemaakt in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van de persoon en de

124. CRvB 3 juli 2008, LJN: BD7232.

125. Zie hieromtrent ook M.J.W.M. Akkermans, *Gelijk hebben en gelijk krijgen: tien jaar Advies- en Arbitragecommissie Rijksdienst*, Den Haag: CAOP 1994; A.R.M. Brenninkmeijer & L.C.J. Sprengers, *Arbeidsconflicten bij de overheid*, Den Haag: Centrum voor Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel 2003.

126. HR 6 december 1983, NJ 1984, 557.

127. Zie hieromtrent L.C.J. Sprengers & R. van der Stege, 'Slechts een beetje staken mag? Het collectief arbeidsrecht ex art. 6 lid 4 en 31 ESH in de Nederlandse rechtspraak', *NCJM-bulletin* 2004, nr. 5, p. 663.

128. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

129. HR 11 december 1996, NJ 1996, 229.

goederen van anderen.¹³⁰ Dit betreft een proportionaliteitsvraag, die op grond van artikel G ESH kan leiden tot een beperking van het stakingsrecht. Collectieve acties gericht tegen de overheid die betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden zijn dus in beginsel rechtmatig.¹³¹ Wel zal telkens een belangenafweging moeten worden gemaakt. Een staking van overheidspersoneel treft doorgaans namelijk ook derden. Een veiligheidsrisico mag bijvoorbeeld niet worden gelopen.¹³² Om deze reden wordt er dan ook vaak gekozen voor het draaien van zogenoemde 'weekenddiensten'.¹³³

2.9 MEDEZEGGENSCHAP

Vanaf 2000 is de Wet op de ondernemingsraden ook van toepassing op de overheid. Voor die periode was de medezeggenschap geregeld in de toepasselijke ambtenarenreglementen en vond deze plaats door middel van zogenoemde 'dienstcommissies'. Alleen het defensiepersoneel is nu nog steeds uitgezonderd van de WOR (artikel 53a WOR). De medezeggenschapsrechten van defensiemedewerkers zijn vastgelegd in het Besluit medezeggenschap defensie.¹³⁴ Deze uitzonderingspositie is volgens de minister noodzakelijk vanwege de taakstelling van de krijgsmacht en de samenwerking van de krijgsmacht in internationaal verband. Ook de functioneel hiërarchische organisatiestructuur, die noodzakelijk is in verband met de inzetbaarheid en beschikbaarheid van de krijgsmacht, heeft gevolgen voor de inrichting en reikwijdte van medezeggenschap bij Defensie.¹³⁵

Een aantal zaken in het medezeggenschapsrecht kent een specifieke uitwerking voor de overheid.¹³⁶ Zo wordt binnen de overheid op grote schaal door middel van ondernemingsovereenkomsten nadere invulling aan de medezeggenschap ge-

130. HR 21 maart 1997, NJ 1997, 437.

131. P.J.J.M. van der Heijden & S.F.H. Jellinghaus, a.w. (noot 2), p. 1. Zie recent vzr. Rb. Rotterdam 14 februari 2011, JAR 2011, 67. Zie omtrent dit stakingsrecht ook: A.G. Maris, *Stakingen tegen de overheid*, Tjeenk Willink 1997.

132. Vgl. vzr. Rb. Utrecht 4 juni 2008, JAR 2008, 32, alwaar de beveiliging van ambassades onder druk stond.

133. Vgl. Rb. Rotterdam 29 december 2006, JIN 2007, 390 m.nt. Jellinghaus/Van der Heijden.

134. Besluit van 1 september 2008, houdende regels voor de medezeggenschap van het Defensiepersoneel, *Stb.* 2008, 321. Zie hieromtrent nader S.F.H. Jellinghaus & S.A.J. van Riel, 'Medezeggenschap voor defensiepersoneel', in: S.F.H. Jellinghaus & J. van Gijzen (red.), *Handboek OR Basisdocumentatie*, onderdeel 15d, Kluwer (losbladig). Daarnaast bestaat binnen defensie ook een Regeling overlegprocedure bij reorganisaties.

135. Als gevolg hiervan wordt binnen Defensie gewerkt met medezeggenschapscommissies, die verder binnen dit bestek buiten beschouwing worden gelaten.

136. Zie voor een algemene beschrijving van de medezeggenschapsregelgeving bijvoorbeeld J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *De Wet op de Ondernemingsraden*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010; F. Vink & R. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010; R. van het Kaar, *Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer (losbl.) en P.F. van der Heijden, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2003.

geven. Daarbij valt onder meer te denken aan afspraken over medezeggenschapsstructuren. Een goed voorbeeld hiervan vormt het instellen van een zogenoemde 'departementale ondernemingsraad' (DOR) bij de ministeries. Deze functioneert als ware het een groepsondernemingsraad (GOR), maar is dat formeel niet. Ook komt het met enige regelmaat voor dat in de ondernemingsovereenkomst extra bevoegdheden aan de ondernemingsraad (OR) worden toegekend of dat daarin het 'primaat van de politiek' wordt beschreven (waarover hierna meer).

Met name bij kleinere overheidswerkgevers komt het voorts regelmatig voor dat afspraken worden gemaakt over de taakverdeling tussen de OR en het georganiseerd overleg. In dat verband zij gewezen op artikel 27 lid 3 WOR, dat aangeeft dat geen sprake is van instemmingsrecht van de OR, als het desbetreffende onderwerp reeds inhoudelijk (uitputtend) is geregeld in een cao of een 'publiekrechtelijke regeling'. Met zo'n regeling worden ook formeel vastgestelde ambtenarenreglementen bedoeld. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de vaststelling van deze reglementen binnen het georganiseerd overleg heeft plaatsgevonden.¹³⁷ In de praktijk wordt in ondernemingsovereenkomsten regelmatig afgesproken dat de OR de positie van het georganiseerd overleg (gedeeltelijk) overneemt. Naar aanleiding daarvan is het van belang te constateren dat de persoon die namens de overheidswerkgever het overleg met de OR voert (de bestuurder) niet de politiek verantwoordelijke is voor het te nemen besluit. Zo overlegt een DOR met de secretaris-generaal (S-G) en niet met de minister, terwijl de OR bij een gemeente overlegt met de gemeentesecretaris en niet met het college van B&W. Dit vormt een groot verschil met het georganiseerd overleg, waarbinnen de politiek verantwoordelijken wel het overleg voeren met de vakorganisaties.

Een van de meest ingrijpende uitzonderingen op de 'normale' werking van de WOR wordt echter gevormd door het primaat van de politiek.¹³⁸ Deze uitzondering is opgenomen in artikel 46d WOR en luidt als volgt:

'Voor de toepassing van artikel 23, tweede lid, zijn onder de aangelegenheden de onderneming betreffende niet begrepen de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, noch het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen.'

Het recht op overleg van de OR wordt hierdoor als het gaat om 'politieke besluiten' van de overheidswerkgever beperkt tot de personele gevolgen daarvan, hetgeen tevens een inperking van het advies- en instemmingsrecht van de OR impliceert.

137. Zie HR 29 september 2006, JAR 2006, 264.

138. Zie omtrent het primaat van de politiek fundamenteel en in historisch verband: L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, Deventer: Kluwer 1998.

Omtrent de werking van het primaat van de politiek is inmiddels met enige regelmaat geprocedeerd. Aanvankelijk werd de werking van het primaat van de politiek daarbij door de Ondernemingskamer beperkt uitgelegd.¹³⁹ Het Hof Amsterdam oordeelde (kortweg) dat om de personele gevolgen te kunnen beoordelen, de OR ook de essentie van het besluit moet kunnen beoordelen. Als gevolg hiervan werd de uitzondering van het primaat van de politiek gemarginaliseerd. Deze benaderingswijze is daarom door de Hoge Raad afgewezen.¹⁴⁰ In bijna alle latere rechterlijke uitspraken werd een beroep op het primaat van de politiek vervolgens door de rechter gehonoreerd. Zo werd het primaat van de politiek reeds aangenomen bij een reorganisatie¹⁴¹ en de vorming van een 'shared service center'.¹⁴² Een uitzondering deed zich voor in de situatie waarbij een overheidswerkgever zonder voorbehoud advies aan de OR had gevraagd en zich vervolgens pas in een later stadium op het bestaan van het primaat van de politiek was gaan beroepen.¹⁴³ Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad en de daaropvolgende lagere jurisprudentie kan men zich afvragen hoever het primaat van de politiek uiteindelijk reikt. Zo werd in de zaak van de reorganisatie bij de rijksrecherche doorslaggevend geacht dat de minister uiteindelijk verantwoordelijk was en in de kwestie van het 'shared service center' werd het bestaan van het primaat van de politiek aangenomen op basis van de Comptabiliteitswet. Onder deze omstandigheden kan snel worden geoordeeld dat een primaat van de politiek bestaat. Desalniettemin heeft de Hoge Raad in zijn uitspraak van 20 mei 2005¹⁴⁴ aangegeven, dat het primaat van de politiek toch niet onbeperkt kan worden ingeroepen:

'(...) uit de parlementaire geschiedenis van art. 46d, aanhef onder b, WOR volgt dat niet alleen van belang is welk (soort) orgaan het besluit heeft genomen doch dat ook de aard van het betrokken besluit meeweegt. Tevens blijkt uit die passages dat de wetgever niet heeft beoogd de ruimte voor de medezeggenschap bij de overheid verder te beperken dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Het door de staat bepleite standpunt, dat erop neerkomt dat in beginsel ieder (voorgenomen) besluit dat afkomstig is van een democratisch gecontroleerd orgaan aan de medezeggenschap is onttrokken, is daarmee in strijd.'

Interessant is het dan ook te bekijken wat voor besluiten niet onder het primaat van de politiek zullen vallen. Zelf ben ik van mening dat dit het geval is, wanneer het besluit niet is terug te leiden tot een publiekrechtelijke taak. Een goed voorbeeld hiervan vormt in mijn ogen de adviesaanvraag over het inschakelen van een externe deskundige (artikel 25 lid 1 sub n WOR). Dit is een besluit waar geen pu-

139. Zie hieromtrent onder meer Hof Amsterdam 24 oktober 1996, JAR 1996, 245.

140. HR 1 maart 2002, JAR 2002, 116.

141. HR 1 maart 2002, JAR 2002, 116.

142. HR 20 mei 2005, JAR 2005, 156.

143. OK 23 juni 2003, JAR 2003, 223.

144. HR 20 mei 2005, JAR 2005, 156.

blikrechtelijke basis voor bestaat. Daarnaast kan ook worden gedacht aan een besluit waarbij de overheidswerkgever zuiver acteert als een private partij. Daarnaast wordt het primaat van de politiek tevens beperkt door het adviesrecht met betrekking tot de personele gevolgen. Deze adviesplicht hoeft echter niet te betekenen dat het principebesluit in de tussentijd niet reeds kan worden genomen. Zo was de Hoge Raad van oordeel dat het besluit tot verzelfstandiging van de Van Mesdag-kliniek kon worden genomen zonder dat de personele gevolgen middels een adviesaanvraag waren afgedekt.¹⁴⁵

'Bij de onderwerpen die volgens art. 46d, aanhef en onder b, WOR van het adviesrecht zijn uitgezonderd, geldt de aan het slot van deze bepaling bedoelde uitzondering daarop alleen voor besluiten die strekken tot, of in het bijzonder gericht zijn op, de regeling van personele gevolgen (HR 1 maart 2002, NJ 2002, 295). De ondernemingskamer heeft miskend dat het enkele feit dat aan het besluit tot verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek personele gevolgen zijn verbonden, die op zichzelf ingrijpend kunnen zijn, niet voldoende is om deze uitzondering te aanvaarden. Het besluit tot verzelfstandiging van een rijksinrichting is als zodanig van dien aard dat het een politieke afweging vergt van de voor- en nadelen van deze beslissing en daarom volgens art. 46d, aanhef en onder b, WOR aan het adviesrecht onttrokken is.'

Omdat de personele gevolgen in de praktijk doorgaans (tevens) binnen het georganiseerd overleg worden besproken, worden de belangen van de ambtenaren desondanks toch veelal in voldoende mate behartigd.

Voorts kan men zich ook afvragen hoe het primaat van de politiek zich verhoudt tot het instemmingsrecht van de OR. Strikt formeel geredeneerd kan ook het instemmingsrecht worden beperkt door het primaat van de politiek. Echter, omdat het instemmingsrecht doorgaans juist ziet op personele gevolgen (zoals werktijden en dergelijke), zal dit in de praktijk niet of nauwelijks door het primaat van de politiek worden ingeperkt. Illustratief hiervoor is de kwestie waarbij de gemeente Goes een avond- en zaterdagopenstelling van de balie wilde creëren.¹⁴⁶ Deze beslissing sec viel onder het primaat van de politiek, maar de hieraan gekoppelde wijziging van de werktijden was desondanks instemmingsplichtig.

2.10 NAAR EEN REGULIERE ARBEIDSOVEREENKOMST?

Vanuit historisch perspectief valt de ambtelijke status te verklaren en deels te legitimeren. Hier is nu serieuze verandering in gekomen, doordat twee Tweede Kamerleden een initiatiefwetsvoorstel hebben ingediend, getiteld 'Wet normalisatie rechts-

145. HR 9 februari 2007, NJ 2007, 102.

146. Ktr. Middelburg 3 oktober 2006, JAR 2006, 27.

positie ambtenaren'.¹⁴⁷ Dit wetsvoorstel ziet op het afschaffen van de ambtelijke status en op harmonisatie met het reguliere arbeidsrecht. Ook het BBA wordt dan van toepassing op overheidswerknemers. Het ligt niet voor de hand om dit wetsvoorstel in het kader van deze bijdrage uitgebreid te bespreken. Daarvoor wordt dan ook verwezen naar de relevante literatuur hieromtrent.¹⁴⁸

Vermeldenswaard is in dit kader wel, dat als het wetsvoorstel wordt aangenomen, straks nagenoeg alle overheidsmedewerkers werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst (met uitzondering van politieke gezagsdragers, rechterlijke ambtenaren, militairen en dienstplichtigen, en notarissen en gerechtsdeurwaarders). Van belang is voorts dat het wetsvoorstel technisch nogal rammelt en bovendien niet echt doordacht lijkt. Zo ontbreekt een fundamentele gedachtevorming over de vraag waarom deze wijziging moet worden doorgevoerd. Voorts kan men zich afvragen wat met de beoogde wijziging zal worden bereikt. Gebleken is namelijk dat het echte probleem binnen het ambtenarenrecht wordt gevormd door het feit dat de overheidswerkgevers eigenrisicodragers zijn, terwijl het wetsvoorstel juist daarin geen verandering zal brengen. Een feitelijke gelijktrekking met het arbeidsrecht zal door het wetsvoorstel dus niet worden bereikt.

Daarnaast kan men zich afvragen hoe het arbeidsrecht zich ten aanzien van de overheidsmedewerkers zou gaan ontwikkelen. Er zullen dan cao's voor hen moeten worden afgesloten en niet valt uit te sluiten dat dan een vergelijkbare rechtspositie gaat ontstaan als binnen het onderwijs. Evenzo kan dit 'overheidsarbeidsrecht' zich nog op een bijzondere manier ontwikkelen, vanwege de schakelbepaling in artikel 3:1 lid 2 Awb, die bepaalt (kortweg) dat de bepalingen ten aanzien van de totstandkoming van besluiten, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ook van toepassing zijn op andere handelingen van het overheidsorgaan dan de bestuursrechtelijke. Dat betekent dat deze bepalingen ook binnen het civiele arbeidsrecht van de overheidswerknemer een rol van betekenis zouden vervullen, een aspect dat in de diverse beschouwingen rondom het wetsvoorstel tot op heden geen aandacht krijgt. Van volledige gelijktrekking zal ook daardoor geen sprake zijn.

Voorts zij erop gewezen dat in 2008 in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken door SEO Economisch Onderzoek en Regioplan Beleidsonderzoek

147. *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 550. Voorstel van wet van de leden Koser Kaya en Van Hijum tot wijziging van de ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren).

148. Zie hieromtrent onder meer M.Th. van Wel, 'Het wetsvoorstel "Wet normalisering rechtspositie ambtenaren"'. Een kennismaking met de inhoud van het wetsvoorstel, *TAR* 2011-3, p. 127-137. Ook K.P.D. Vermeulen & C.I. van Gent, a.w. (noot 55), p. 12. en L.C.J. Sprengers, 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren: ambtenaar krijgt een arbeidsovereenkomst, maar blijft een ambtenaar', *TRA* 2011-35, p. 13-19.

een kosten-batenanalyse is uitgevoerd naar een normalisatie van de rechtspositie van overheidspersoneel.¹⁴⁹ Deze onderzoeksinstituten concluderen onder meer:

*'De kosten van harmonisatie zijn eenmalig en liggen tussen € 76 en 245 miljoen. Dit betreft met name opleidingen en administratieve organisatie (zie tabel). Het rendement kan mogelijk worden verbeterd door deze kosten te beheersen. De baten zijn structureel van karakter en bedragen € 5,0 tot 7,6 miljoen per jaar. Deze baten bestaan uit besparingen bij de rechtspraak en besparingen door deregulering. De terugverdientijd van de aanvankelijke investering varieert tussen 10 en 50 jaar, met 23 jaar als meest waarschijnlijke waarde.'*¹⁵⁰

Men zou zich kunnen afvragen of een besluit met een dergelijke terugverdientijd wel onder de huidige economische omstandigheden zou moeten worden genomen. Een rondgang langs andere landen laat bovendien zien dat er veelal wordt gekozen voor een aparte ambtelijke status.¹⁵¹ In het Verenigd Koninkrijk bestond er een bijzondere rechtspositie voor overheidsmedewerkers ('servants of the Crown'), maar dat is in 2010 gewijzigd.¹⁵² De rechtspositie van deze overheidsmedewerkers is bijna volledig genormaliseerd met die van de gewone werknemer. Deze benadering wordt echter in de overige, ons omringende landen niet gevolgd. Zo kent België een Wet bepalende maatregelen inzake ambtenarenzaken¹⁵³ en een Algemene Principes Koninklijk Besluit (APKB). Deze wet geldt voor federale ambtenaren. Andere sectoren, zoals gemeenten en gewesten, worden per Koninklijk Besluit geregeld. In België is dus sprake van een publiekrechtelijke aanstelling.¹⁵⁴ Ook in Duitsland vallen overheidsmedewerkers niet onder het civiele werknemersbegrip, maar zijn zij werkzaam op basis van een publiekrechtelijke rechtsverhouding.¹⁵⁵ Tot slot kent ook de Europese Unie een Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen.¹⁵⁶ Binnen elke Europese instelling is er een orgaan bevoegd tot het aanstellen van ambtenaren. Deze aanstelling geschiedt bij besluit.¹⁵⁷ Het hebben van een ambtelijke status is dan ook internationaal beschouwd niet bijzonder of afwijkend.

149. C. van Rij e.a., *Kosten en baten van harmonisatie van rechtspositie van overheidspersoneel*, onderzoek in opdracht van het Ministerie van BZK uitgevoerd door SEO Economisch Onderzoek en Regioplan Beleidsonderzoek, Amsterdam 2008, p. 9.

150. C. van Rij e.a., a.w. (noot 149), p. 9.

151. Zie hieromtrent ook de rapportage *Industrial relations in the public sector*, uitgevoerd door European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin 2007.

152. C. Pilkington, *The Civil Service in Britain Today*, Manchester: Manchester University Press 1999.

153. Wet van 22 juli 1993.

154. A. de Becker, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge: Die Keure 2007, p. 78-88; A. de Becker, 'Kroniek van het Belgische ambtenarenrecht 1999-2008', *Rechtskundig Weekblad* 2009-72, p. 5 en A. Mast, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Kluwer 2006, p. 278.

155. *Arbeitsrechts-Handbuch*, p. 280 en F. Faust & B.W. Klöckner, *Beamte. Die Privilegierten der Nation*, Weinheim: Ebner en Spiegel GmbH 2005, p. 51.

156. Verordening (EEG) nr. 259/68.

157. Artikel 3 Statuut van de ambtenaren der EG.

Wellicht is het daarom goed om terug te keren naar de fundamentele discussie, zoals die aan de orde kwam in de dissertatie van Wiarda uit 1936, waarbij Wiarda zich op het standpunt stelde dat er drie redenen zijn voor de rechtvaardiging van een ambtenarenverhouding, te weten: (1) de taak van de ambtenaar die gelegen is in de behartiging van zeer essentiële belangen van de overheid, (2) de aanwezigheid van een speciale gezagspositie bij de overheid en (3) de bijzondere geoefendheid van de ambtenaar, die alleen in openbare dienst bruikbaar is.¹⁵⁸ De rechtsverhouding van de ambtenaar vergt om die redenen nu eenmaal een eigen benadering.

2.11 TOT SLOT

In deze bijdrage is het systeem van het ambtenarenrecht in Nederland in vogelvlucht besproken en is tevens ingegaan op de normalisatiediscussie. Geconstateerd kan worden dat het ambtenarenrecht volledig afwijkt van het reguliere civiele arbeidsrecht. De rechtsverhouding van de ambtenaar vergt naar mijn mening ook een eigen benadering, al was het alleen maar omdat de ambtelijke rechtsverhouding altijd politieke aspecten heeft. Mijn inschatting is dan ook dat zelfs na een eventuele 'normalisatie' nog steeds sprake zal zijn van een afzonderlijk rechtsgebiedje. Uiteindelijk is bovendien een 'lood-om-oud-ijzer-discussie'. Vergeten wordt namelijk veelal dat de rechtsbescherming van een ambtenaar op dit moment al veel minder is dan die van de civiele werknemer. In principe kan een overheidswerkgever namelijk ieder besluit nemen, mits hij dit bestuursrechtelijk goed kan motiveren. Het echte probleem is bovendien gelegen in de duur van de buitenwettelijke uitkeringsrechten en meer nog in het eigenrisicodragerschap van de overheidswerkgever. Dit aspect wordt op dit moment niet meegenomen in de voorstellen. Daarmee blijft het ambtenarenrecht voorlopig dus nog wel een eigen rechtsgebied.

158. S. Wiarda, *De verhouding van ambtenaar en arbeidscontractant in het tegenwoordige ambtenarenrecht*, 1936, p. 48.

3

DE DOCENT

Mr. dr. C.W. Noorlander*

3.1 INLEIDING

Het arbeidsrecht dat binnen de onderwijssector van toepassing is (hierna kortweg aangeduid als: het 'onderwijsarbeidsrecht') regelt de arbeidsrechtelijke verhouding tussen het bestuur van de rechtspersoon die de school in stand houdt (welk bestuur binnen het onderwijs wordt aangeduid als: het 'bevoegd gezag') en het aan de school verbonden personeel, zowel de individuele rechtspositie van de docent als zijn medezeggenschapsrecht. Een belangrijk deel van dat onderwijsarbeidsrecht behoort tot de regels van het commune arbeidsrecht. Zo zijn binnen het bijzonder onderwijs titel 7.10 BW en de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) gewoon van toepassing, terwijl de gelijkebehandelingswetgeving, waaronder de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB m/v), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), zowel binnen het bijzonder onderwijs als binnen het openbaar onderwijs van toepassing is. Datzelfde geldt voor socialezekerheidswetgeving als de Ziektewet, de Werkloosheidswet en de Algemene Ouderdomswet. Daarnaast bevat het onderwijsarbeidsrecht echter ook een aantal bijzondere rechtsfiguren en juridische regelingen die (aanzienlijk) afwijken van het commune arbeidsrecht. Denk in het bijzonder aan de aan de vrijheid van onderwijs ontleende bevoegdheid benoemingseisen te stellen aan het onderwijspersoneel, die zijn geënt op de grondslag van de school. Te denken valt voorts ook aan de bijzondere rechtsgang bij de commissie van beroep en aan de in de onderwijssector geldende, van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) afwijkende vormen van medezeggenschap. Dit bijzondere onderwijsarbeidsrecht heeft grosso modo twee belangrijke oorzaken: 1. de constitutionele structuur van ons onderwijsbestel met de tegenstelling tussen het openbaar onderwijs (dat algemeen toegankelijk en levensbeschouwelijk neutraal is en uitgaat van de overheid) en het bijzonder onderwijs (dat gegrondvest is op de vrijheid van onderwijs en uitgaat van particuliere organisatievorming);

* Mr. dr. C.W. Noorlander is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Tilburg University. De auteur bedankt mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans voor het grondig lezen en becommentariëren van deze bijdrage.